

Wettbewerbspolitische Beurteilung
der öffentlichen Nachfrage nach
Bauleistungen

Inaugural - Dissertation
zur
Erlangung der wirtschaftswissenschaftlichen
Doktorwürde
des
Fachbereichs Wirtschaftswissenschaften
der
Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

UDO PRETSCHKER
Diplomvolkswirt aus Leipzig

Marburg 1976

Druck: Mauersberger, Marburg

Wettbewerbspolitische Beurteilung
der öffentlichen Nachfrage nach
Bauleistungen

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der wirtschaftswissenschaftlichen
Doktorwürde

des

Fachbereichs Wirtschaftswissenschaften
der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

UDO PRETSCHKER

Diplomvolkswirt aus Leipzig

Marburg 1976

Druck: Mauersberger, Marburg

Als Dissertation vom Fachbereich

Wirtschaftswissenschaften

angenommen am: 18. Juni 1976

Berichterstatter: Prof. Dr. Horst Zimmermann

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Walter Hamm

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juni 1976



INHALTSVERZEICHNIS

=====

1	<u>Einordnung, Abgrenzung und Aufbau der Arbeit</u>	S. 1
1.1	Anlaß und Vorbemerkungen	S. 1
1.2	Inhaltliche Abgrenzung der Themenstellung	S. 5
1.3	Aufgabenstellung und Vorgehensweise	S.11
2	<u>Deskriptive und normative Kriterien bauwirtschaftlicher Marktprozesse</u>	S.15
2.1	Das Verhältnis von Marktprozessen zu Wettbewerbsprozessen	S.15
2.1.1	Terminologische Grundlagen einer Marktprozeßdefinition	S.15
2.1.2	Der Versuch einer allgemeinen Wettbewerbsdefinition	S.19
2.1.3	Voraussetzungen des funktionsfähigen Wettbewerbs	S.20
2.1.4	Theoretische Präzisierung der Wettbewerbsfreiheit	S.24
2.1.5	Systematik der Wettbewerbsschranken	S.26
2.2	Industriespezifische Charakteristika bauwirtschaftlicher Marktprozesse	S.29
2.2.1	Der typische Ablauf eines bauwirtschaftlichen Vergabeverfahrens	S.30
2.2.2	Die aktive Marktstellung des Bauherrn	S.32
2.2.3	Die Bauwirtschaft als Bereitschaftsgewerbe	S.36
2.2.4	Die Marktstellung der Planer	S.39

2.3	Ausmaß der Vermachtung der Nachfrageseite des Baumarktes	S. 42
2.3.1	Vorgehensweise und Probleme bei der Ab- grenzung des Marktes in bauwirtschaft- lichen Marktprozessen	S. 42
2.3.2	Marktstrukturelle Merkmale der Nachfrage nach Bauleistungen	S. 51
	a) Bemerkungen zur Erhebungsmethodik	S. 51
	b) Öffentliche Nachfrage nach Hochbau- leistungen	S. 53
	c) Öffentliche Nachfrage nach Tiefbau- leistungen	S. 57
	d) Institutionelle Aspekte der öffent- lichen Nachfrage nach Tiefbaulei- stungen	S. 60
2.3.3	Morphologische Einordnung der öffent- lichen Nachfrage nach Bauleistungen	S. 64
2.3.4	Der Staat als Verordnungsgeber und Fiskus	S. 69
2.4	Strategische Möglichkeiten öffentli- cher Auftraggeber	S. 70
3	<u>Die VOB, die BaupreisVO und das GWB als Rahmenregelungen für den Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse</u>	S. 74
3.1	Die Regulierung des Prozeßablaufs durch die VOB/A	S. 74
3.1.1	Rechtsnatur und Aufbau der VOB	S. 74
3.1.2	Die Leistungsbeschreibung	S. 78
3.1.3	Die Arten der Vergabe	S. 83
3.1.4	Die Zuschlagskriterien	S. 86

3.1.5	Zeitliche Aspekte des Vergabeverfahrens	S. 90
a)	Die Angebotsfrist	S. 92
b)	Die Zuschlags- und Bindefrist	S. 93
c)	Die Ausführungsfrist	S. 93
3.2	Normative Merkmale des aus der VOB/A erwachsenden Marktverhaltens öffentlicher Auftraggeber	S. 94
3.2.1	Vergabegrundsätze, Rationalitätskriterien und Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber	S. 94
3.2.2	Gleichförmigkeit im Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber	S. 96
3.2.3	Die Vertragsfreiheit des Auftraggebers während des Vergabeverfahrens	S. 99
3.3	Der Einfluß der Baupreisverordnung auf den Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse	S. 101
3.3.1	Entstehung, Rechtsnatur und Zweck der Baupreisverordnung	S. 101
3.3.2	Die Preistypen des Baupreisrechts	S. 103
3.3.3	Die Prüfung der Preise nach der BaupreisVO	S. 107
3.4	Der wettbewerbsrechtliche Rahmen für die öffentlichen Auftraggeber	S. 109
3.4.1	Die Anwendbarkeit des GWB auf die öffentlichen Auftraggeber	S. 110
3.4.2	Der wettbewerbsrechtliche Rahmen für öffentliche Bauherren	S. 112

4	<u>Das Verhalten öffentlicher Auftraggeber sowie die staatliche Verordnungstätigkeit als Wettbewerbsbeschränkungen am Markt für Bauleistungen</u>	S. 114
4.1	Ursachen und Erscheinungsformen der Beschränkung des Marktzutritts	S. 114
4.1.1	Ausschreibungsverfahren und Eröffnungstermin	S. 117
4.1.2	Beschränkungen des Marktzutritts im Bereich der kommunalen Auftragsvergabe	S. 121
4.1.3	Die Wahl der Vergabeart als marktstrategische Verhaltensweise	S. 124
4.2	Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen des Vergabeverfahrens	S. 126
4.2.1	Leistungswettbewerb und Vergabeentscheidungsmethodik	S. 126
4.2.2	Nachverhandlungen als wettbewerbspolitischer Mißstand	S. 130
4.2.3	Mißbräuchliches Verhalten bei der Aufhebung der Ausschreibung	S. 133
4.3	Die generelle Tauglichkeit der VOB zur Verhinderung von Machtmißbrauch und diskriminierendem Marktverhalten	S. 136
4.4	Die Adäquanz der BaupreisVO als wettbewerblicher Spielregel	S. 140
4.4.1	Konzeptionelle Unterschiede zwischen der BaupreisVO und dem GWB	S. 140
4.4.2	Zur Frage der Diskriminierung nicht-öffentlicher Auftraggeber durch die BaupreisVO	S. 144

4.4.3	Die Baupreisverordnung als Grundlage preispolitischer Strategien der Auftraggeber	S. 147
4.4.4	Abschließende Bemerkungen zur Baupreisverordnung	S. 152
4.5	Abgestimmtes oder auf Absprachen beruhendes Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber	S. 155
4.5.1	Wettbewerbspolitische Aspekte der Konjunkturstabilisierung via öffentliche Bauaufträge	S. 155
4.5.2	Boykottaufrufe und ministerielle Rundschreiben	S. 157
5	<u>Hemmnisse für eine Entfaltung des Wettbewerbs in zeitlicher und qualitätsmäßiger Dimension</u>	S. 160
5.1	Wettbewerbswirkungen der terminmäßigen Organisation des Vergabeverfahrens	S. 160
5.1.1	Der Einfluß der VOB auf die zeitliche Abwicklung eines Bauvorhabens	S. 161
5.1.2	Einzel- und gesamtwirtschaftliche Wirkungen nicht sachgerecht bemessener Ausführungsfristen	S. 162
5.1.3	Ansatzpunkte für eine effektivere Gestaltung der zeitlichen Abwicklung von Vergabeverfahren	S. 165
5.1.4	Grenzen einer angebotsoffenen Gestaltung der zeitlichen Abwicklung von Bauvorhaben	S. 168

5.2	Der Einfluß öffentlicher Auftraggeber auf den Qualitätswettbewerb am Markt für Bauleistungen	S. 170
5.2.1	Dimensionen des Qualitätswettbewerbs in bauwirtschaftlichen Marktprozessen	S. 171
	a) Voraussetzungen für eine Entfaltung des Qualitätswettbewerbs	S. 171
	b) Der Qualitätsbegriff bei Bauleistungen	S. 173
5.2.2	Entfaltungsmöglichkeiten für den Qualitätswettbewerb im Rahmen der VOB	S. 175
	a) Der Qualitätswettbewerb im Rahmen der VOB/1952	S. 175
	b) Entfaltungsmöglichkeiten für einen Qualitätswettbewerb im Rahmen der VOB/1973	S. 179
5.2.3	Außerhalb der VOB liegende Möglichkeiten zu einer Intensivierung des Qualitätswettbewerbs	S. 183
	a) Ideenwettbewerb	S. 184
	b) Projektwettbewerb	S. 186
5.2.4	Grenzen für eine Entfaltung des Qualitätswettbewerbs	S. 188
6	<u>Systematische Darstellung der Beziehungen zwischen fiskalischem und wettbewerblichem Verhalten öffentlicher Auftraggeber</u>	S. 192
6.1	Theoretische Bestimmung des Verhältnisses der fiskalischen zur wettbewerblichen Zielsetzung	S. 192

- 6.2 Die weitgehende Übereinstimmung fiskalischer und wettbewerblicher Erfordernisse S. 194
- 6.3 Zur Relevanz von Zielkonflikten zwischen wettbewerblichem und fiskalischem Verhalten S. 195
- 7 Schlußbetrachtung und Ausblick S. 198

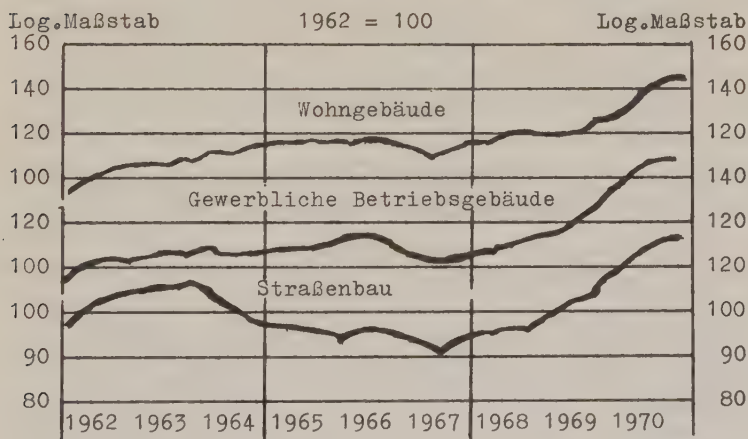
1. Einordnung, Abgrenzung und Aufbau der Arbeit

Im folgenden Kapitel soll unter Bezug auf einige aktuelle Stellungnahmen und Vorkommnisse die Relevanz dieses Themas in der wirtschaftspolitischen Diskussion sichtbar gemacht werden. Fernerhin wird in diesem Teil der Arbeit das Thema inhaltlich und terminologisch abgegrenzt, und es werden einige Bemerkungen über die methodische Vorgehensweise und den Aufbau der Arbeit vorangeschickt.

1.1 Anlaß und Vorbemerkungen

Im Jahresgutachten 1970/71 hat der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung ausdrücklich zur "performance" des Baumarktes Stellung genommen. Anlaß dazu boten "spektakuläre Preissteigerungen", die seit dem Herbst 1969 viermal so hoch waren wie im Durchschnitt der vorangegangenen zehn Jahre.

Schaubild Nr.1: Zur Entwicklung der Baupreise¹⁾



1) Quelle: Konjunktur im Umbruch - Risiken und Chancen, Jahresgutachten des SVR zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Stuttgart-Mainz 1970, S.27.

Zur Erklärung dieser Preisentwicklung innerhalb der Bauwirtschaft - es ist hierbei zu bedenken, welche Bedeutung Preissteigerungen von 18% für jene Zeit und bei der damaligen Inflationsmentalität hatten - äußern sich die Sachverständigen folgendermaßen:

"Es war zu erwarten, daß der im Jahre 1969 einsetzende Preis- und Kostenauftrieb auch den Baumarkt erfassen würde. Die inflationären Züge der Baupreisentwicklung haben jedoch vielfach Zweifel aufkommen lassen, ob das marktwirtschaftliche System in diesem Teilbereich seiner Lenkungs- und Kontrollfunktion gewachsen ist" ¹⁾.

Unter anderem weist der Sachverständigenrat darauf hin, daß der Wettbewerb im Bausektor nicht wirksam genug war, überhöhte Gewinnmargen abzubauen²⁾. Um auch in Zukunft dirigistische Einzeleingriffe des Staates in bauwirtschaftliche Marktprozesse zu vermeiden (es könnte hierbei an Bau- und Preisstopp gedacht werden), regt der Sachverständigenrat die Erstellung einer Enquete über die Bauwirtschaft an, in der Möglichkeiten aufgezeigt werden sollen, wie das marktwirtschaftliche System in diesem Wirtschaftssektor funktionsfähiger gestaltet werden kann, um die in der Vergangenheit beobachteten Friktionen zu mindern³⁾.

Diese "Enquete über die Bauwirtschaft" liegt neuerdings vor und die dort enthaltenen Ergebnisse und Empfehlungen konnten in dieser Arbeit noch diskutiert werden⁴⁾.

1) Vgl. Konjunktur im Umbruch, a.a.O. S.27.

2) Ebenda.

3) Ebenda, S.31.

4) Vgl. Enquete über die Bauwirtschaft, i.A. des Bundesministers für Wirtschaft, herausgegeben von: Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung, Prognos AG., Projectconsult GmbH, Willy Zinkhahn, Walter Daub (unter Mitarbeit des Ifo-Instituts für Wirtschaftsforschung), Stuttgart 1973. Im folgenden zitiert als: Enquete.....

Die Vermutung, daß primär der nur wenig wirksame Wettbewerb Ursache der unbefriedigenden Marktergebnisse sei, schien sich im Juni 1973 bestätigt zu haben. In einer bundesweiten Aktion wurden auf Veranlassung des Bundeskartellamtes gleichzeitig die Geschäftsräume von 168 Bauunternehmen und 4 Verbänden der Bauindustrie durchsucht. Dabei stellten die Beamten eine Fülle belastender Schriftstücke sicher. In Pressemitteilungen wurde geäußert, daß man sich im Bundeskartellamt nach dieser Großaktion in dem Verdacht bestätigt sieht, daß es bereits seit Mitte der fünfziger Jahre ein straff organisiertes und gut funktionierendes Absprachesystem gibt, an dem sich Schätzungen zufolge ca. 2000 Bauunternehmen beteiligt haben. In einem zur Zeit noch nicht übersehbaren Umfang soll es sich dabei vornehmlich um Absprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gehandelt haben¹⁾.

Während die damalige Diskussion überwiegend von Gesichtspunkten bestimmt wurde, die den Wirtschaftskriminalisten mehr interessieren dürften als den Wettbewerbspolitiker, sollte jedoch gerade für diesen von besonderer Bedeutung sein, daß diese in der Geschichte des bundesdeutschen Wettbewerbsrechts wohl schwerwiegendsten Vorfälle sich in einem Wirtschaftssektor ereigneten, für den die mittelbare und unmittelbare Abhängigkeit vom Staat als Verordnungsgeber und Fiskus ein strukturelles Charakteristikum darstellt.

Daß darüber hinaus gerade die Marktbeziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern einerseits und den Bauunternehmen andererseits durch Absprachen auf der Produzentenseite beschränkt worden sind, hat den Anlaß zu dieser Untersuchung gegeben, mit der ein Beitrag zu der Frage

1) Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 26.6.73, S.1.

geleistet werden soll, ob und inwieweit bestimmte Mißstände am Markt für Bauleistungen nicht auch auf das Verhalten öffentlicher Nachfrager bzw. die das Verhalten dieser Auftraggeber weitgehend determinierenden Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsanordnungen zurückgeführt werden können.

Offensichtlich stehen die vom Sachverständigenrat kritisierten Marktergebnisse nämlich in Widerspruch zu marktheoretischen Aussagen, nach denen in Anbetracht einer stark vermachteten Nachfrageseite - der Marktanteil der "öffentlichen Hand" an der Nachfrage nach Bauleistungen insgesamt kann je nach dem zugrunde gelegten Abgrenzungskriterium bis zu 60 v.H. betragen, wobei im Tiefbausektor nahezu ausschließlich öffentliche Nachfrage besteht-, überhöhte Preise sich allenfalls dann durchsetzen lassen, wenn auch auf der Anbieterseite Machtpositionen bestehen. Dieser Widerspruch wird zudem umso deutlicher, als durch die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB), die Baupreisverordnung (Baupreis VO 72) und baurechtliche Vorschriften im besonderen sowie auch durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im allgemeinen ein ordnungspolitisches Rahmenwerk für den Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse begründet worden ist, durch das, wie noch zu zeigen sein wird, die Marktstellung öffentlicher Nachfrager ohnehin sehr stark gemacht worden ist.

Obwohl die Enthüllungen des Bundeskartellamtes die Frage nach den Ursachen der unbefriedigenden Zustände am Markt für Bauleistungen zum Teil bereits beantwortet haben, könnte gerade auch in den spezifischen Bedingungen, unter denen Bauleistungen von öffentlichen Auftraggebern nachgefragt werden, sowie auch im tatsächlichen Verhalten der Auftraggeber eine weitere Ursache für die schlechte "performance" des Baumarktes begründet liegen.

1.2 Inhaltliche Abgrenzung der Themenstellung

Für eine wettbewerbspolitische Beurteilung der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen scheinen aus den folgenden Gründen einige begriffliche und inhaltliche Klärstellungen erforderlich zu sein.

Die "öffentliche Hand" als der Inbegriff aller Träger öffentlicher Verwaltung, zu denen Bund, Länder, Gemeindeverbände, Gemeinden und sonstige Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts zu zählen sind, sowie öffentlich-rechtliche Unternehmungen, in die Verwaltung integrierte Betriebe und letztlich auch private Gesellschaften, an denen eine öffentliche Beteiligung besteht, stellt ein vielschichtiges Gebilde verschiedenartiger Auftraggeber dar¹⁾.

Die "Bauleistung" ist ebenfalls keine homogene Größe, und nahezu alle vom Bauhaupt- sowie Ausbau- und Bauhilfsgewerbe angebotenen Leistungen werden von den öffentlichen Bauämtern, Betrieben und Unternehmen nachgefragt. Unter diesem Aspekt kann es von wettbewerbspolitischer Bedeutung sein, ob es sich um allgemeine oder "staatsspezifische" Leistungen, wie z.B. Wohnhäuser oder Autobahnbauten, handelt, weil davon im wesentlichen abhängt, wie groß der Einfluß der öffentlichen Nachfrage auf den einzelnen Teil- und Spartenmärkten der Bauwirtschaft ist. Außerdem sind die Beschaffungsvorschriften für Bauleistungen, die jeweils für bestimmte Auftraggebergruppen verbindlich sind, von ihrer formalrechtlichen Anlage her unterschiedlich zu beurteilen: Für den Bund z.B. sind sie in der Bundeshaushaltsordnung und einer Vielzahl von Verwaltungsanordnungen niedergelegt, während im Gegensatz dazu in den Unternehmen mit öffentlicher Beteiligung bei der Beschaffung von Bauleistungen

1) Vgl. Müller-Henneberg, H.; Schwarz, G. - Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln-Berlin 1958, Erste Aufl., S.886 f.

die entsprechenden Ausschnitte aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen Anwendung finden.

Letztlich können die wirtschaftlichen Hintergründe, vor denen die Beschaffungsvorgänge erfolgen, einerseits eine Orientierung der Beschaffung an wirtschaftspolitischen Zielen vorsehen und andererseits eine ausschließliche Orientierung an betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten beinhalten, wobei diese Unterschiede zwischen den verschiedenen öffentlichen Auftraggebergruppen fließend sind.

Wollte man somit allen Aspekten gerecht werden, die sich aus der Verschiedenartigkeit im Status öffentlicher Auftraggeber ergeben bzw. aus der Art der Bauleistung erwachsen, so hätte diese Arbeit eine Vielfalt unterschiedlich zu beurteilender Nachfragevorgänge zu berücksichtigen. Eine dem Anspruch auf Vollständigkeit verpflichtete wettbewerbspolitische Beurteilung der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen müßte dann den Rahmen, der einer Dissertation gesetzt ist, mit Sicherheit sprengen.

Die mithin unvermeidliche inhaltliche Beschränkung kann an mehreren Stellen ansetzen. Entweder läßt man einige Bestimmungsfaktoren bauwirtschaftlicher Marktprozesse unberücksichtigt oder man grenzt den sehr weit gefaßten juristischen Begriff der öffentlichen Hand schärfer ein oder man bezieht die Themenstellung auf einige ausgesuchte Märkte für Bauleistungen. Hier soll von der zweiten und der dritten Möglichkeit Gebrauch gemacht werden. Auf diese Weise entzieht man sich der Gefahr, daß bei Anlehnung an obengenannte Begriffsbestimmung zwischen privater und öffentlicher Nachfrage nach Bauleistungen keine saubere Trennung mehr möglich ist. Das würde insbesondere dann deutlich, wenn die öffentliche Hand eine nur geringfügige Beteiligung an privaten Unternehmen hält, und könnte dazu führen daß das,

was in dieser Arbeit pointierend hervorgehoben werden soll, verwischt wird. Gesellschaften des Privatrechts, an denen die öffentliche Hand lediglich beteiligt ist, werden deshalb nicht in die weitere Betrachtung einbezogen.

Das Gleiche gilt für die privaten Bauherren, deren Bauvorhaben überwiegend im Sinne des § 2 Abs.2 der Verordnung PR Nr.1/72 über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen (BaupreisVO 72) gefördert oder finanziert werden¹⁾. Da es nicht zweckmäßig ist, allein aufgrund der Finanzierungsquelle einen Nachfragevorgang der öffentlichen Beschaffung zuzurechnen, werden auch mit öffentlichen Mitteln finanzierte Bauvorhaben nicht-öffentlicher Bauherren aus der weiteren Betrachtung ausgeschlossen.

Eine weitere Einschränkung wird in bezug auf die öffentlichen Betriebe und Wirtschaftsunternehmen getroffen. Da diese sowohl in horizontalen als auch vertikalen Marktbeziehungen zu anderen Unternehmen stehen, erschöpft sich ihre Wettbewerbsproblematik nicht im Nachfragewettbewerb, sondern wird gerade auch beim Anbieterwettbewerb besonders evident. Wenn solche Unternehmen und Betriebe Bauaufträge vergeben, stehen i.d.R. betriebswirtschaftliche Überlegungen im Vordergrund;

1) § 2 Abs.2 BaupreisVO lautet: "Mit öffentlichen Mitteln finanzierte Aufträge im Sinne dieser Verordnung sind die Aufträge nicht öffentlicher Auftraggeber, bei denen der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände oder sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts insgesamt mehr als 50 vom Hundert der Mittel zur Durchführung des Bauvorhabens zur Verfügung stellen oder die Finanzierung durch Übernahme von Bürgschaften zu insgesamt mehr als 50 vom Hundert fördern".

zudem können nach § 98 Abs.1 GWB Beschaffungsvorgänge dieser Auftraggeber unstrittig an den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gemessen werden, soweit in den Ausnahmereichsvorschriften dieses Gesetzes (§§ 98-103) nicht Gegenteiliges vorgesehen ist. Diese Unterschiede zur behördlichen Beschaffung legen es nahe, auch öffentliche Betriebe und Wirtschaftsunternehmen als öffentliche Auftraggeber auszuschließen.

Eine Ausnahmeregelung ist jedoch für Bundesbahn und Bundespost zu treffen, die aufgrund der überragenden gesamtwirtschaftlichen Bedeutung ihres Auftragsvolumens, der wirtschaftspolitischen Bezogenheit ihrer Aufgabenerfüllung und wegen der Bindung an Beschaffungsvorschriften, die denen anderer öffentlicher Institutionen gleichzustellen sind, eine Sonderstellung einnehmen.

Somit verbleiben als öffentliche Auftraggeber der Bund und die übrigen Gebietskörperschaften, sowie Bundesbahn und Bundespost. Diese Abgrenzung ist weitgehend bereits bei Holtz¹⁾ und Schmid²⁾ vorgezeichnet und deckt sich inhaltlich mit der von der EG-Kommission in den Richtlinien über die Harmonisierung und Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens erarbeiteten Definition³⁾.

Bezüglich der unter drittens angedeuteten Möglichkeit, das Thema einzugrenzen, soll die wettbewerbspolitische Beurteilung der öffentl. Nachfrage nach Bauleistungen nicht auf die gesamte Bauwirtschaft bezogen werden. Der Bauwirtschaft im weitesten Sinne werden das Baugewerbe, die Baustoffindustrie und der Baustoffhandel zugeordnet⁴⁾. Wie

1) Vgl. Holtz, W.- Auftragsvergebung, öffentliche, in HdsW, Bd.1, Göttingen, 1956, S.493 f.

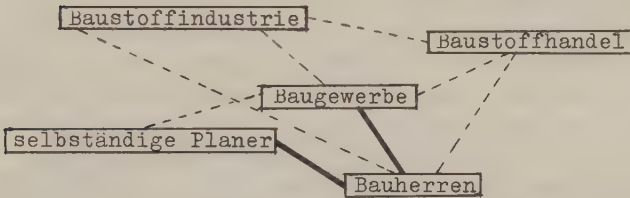
2) Vgl. Schmid, H. - Die staatliche Beschaffungspolitik, Bern und Stuttgart 1972, S.41.

3) Vgl. Schmitz, E. - Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt, Baden-Baden 1972, S.142 ff

4) Vgl. Herbst, H.-J. - Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkungen bei Ausschreibungen. Köln-Berlin-Bonn-München 1965, S.16.

- Schaubild Nr.2 zeigt, bestehen Marktbeziehungen zwischen
- a) der Baustoffindustrie, dem -Handel und dem Baugewerbe
 - b) den Bauherren einerseits, der Baustoffindustrie und dem -handel andererseits
 - c) den Bauherren und dem Baugewerbe
 - d) den selbständigen Planern einerseits, den Bauherren und dem Baugewerbe andererseits

Schaubild Nr. 2: Vertikale Marktbeziehungen zwischen der Bauwirtschaft und den Nachfragern nach Bauleistungen



Einem nach institutionellen und sachlichen Kriterien abgegrenzten Markt für Bauleistungen sollen lediglich die Beziehungen zwischen dem Baugewerbe, den selbständigen Planern und den Bauherren zugerechnet werden, wobei eine hinreichende Definition des Marktes für Bauleistungen selbstverständlich auch die horizontalen Beziehungen innerhalb dieser Anbieter- und Nachfragergruppen einzuschließen hat.

Ein solches Vorgehen empfiehlt sich, weil für eine wettbewerbspolitische Beurteilung der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen Beziehungen der Gruppe a) nur von subsidiärer Bedeutung sein können. Lediglich die innerhalb des Baugewerbes bestehenden horizontalen Marktbeziehungen werden in der Untersuchung einbezogen, da Beziehungen dieser Art oft nicht von den vertikalen Beziehungen zwischen Baugewerbe und Bauherren getrennt werden können. Auch die Beziehungen zwischen Nachfragern nach Bauleistungen und

der Baustoffindustrie sowie dem Baustoffhandel sind im Verhältnis zu Marktbeziehungen der Gruppe c) unterschiedlich zu beurteilen, da Bauleistungen einerseits nur innerhalb des Baugewerbes erbracht werden und andererseits die hier als öffentliche Nachfrager bestimmten Institutionen bei der Beschaffung von Baustoffen und Bauteilen als selbständigen Lieferleistungen an die Bestimmungen der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) oder daran anknüpfende Verordnungen und nicht an die VOB gebunden sind¹⁾. Auf Veranlassung der Bauherren oder aber auch der Bauunternehmen können in Beziehungen der Gruppe c) gegebenenfalls selbständige Planer (Architekten oder Ingenieure) eingeschaltet werden. Wie noch zu zeigen ist, sind die Beziehungen zwischen den selbständigen Planern einerseits und den Bauherren andererseits besonderer Art. Sie werden in die weitere Betrachtung einbezogen, während Beziehungen zwischen den selbständigen Planern und den Bauunternehmen unberücksichtigt bleiben.

Im Rahmen dieser Untersuchung soll der Markt für Bauleistungen jedoch noch enger gefaßt und die wettbewerbspolitische Beurteilung der öffentlichen Nachfrage ausschließlich auf die Märkte für Hoch- und Tiefbauleistungen bezogen werden. Gemäß der "Systematik der Wirtschaftszweige", in welcher der Hoch- und Tiefbau als Gruppe 300 innerhalb der Unterabteilung Bauhauptgewerbe (30) erscheint, werden dieser Gruppe sämtliche Unternehmen der Bauindustrie und des Bauhandwerks zugerechnet, deren wirtschaftlicher Schwerpunkt in der Ausführung von Straßen- und Wegebauten, Tief- und Ingenieurtiefbauten sowie Hoch- und Ingenieurhochbauten und den dazugehörigen Reparatur- und Unterhaltungsarbeiten liegt²⁾.

Die Untersuchung befaßt sich demzufolge nur mit einem -
- wenn auch dem volkswirtschaftlich bedeutendsten -

1) Vgl. Ingenstau, H., Korbion, H. - Kommentar zur VOB, Teil A und B, 6. Aufl., Düsseldorf 1971, S.66 f.

2) Vgl. Statistisches Bundesamt (Herausgeber) - Systematik der Wirtschaftszweige, Stuttgart und Mainz 1961, S.101

Teilbereich des Bauhauptgewerbes und läßt das Ausbau- und Bauhilfsgewerbe unberücksichtigt. Da jedoch der Anteil des Ausbau- und Baunebengewerbes am Beitrag des gesamten Baugewerbes zum Bruttoinlandsprodukt nur ca. 20% beträgt¹⁾, fernerhin - gemessen am Umsatz - das Bauhauptgewerbe zu mehr als 80% durch die Gruppe "Hoch- und Tiefbau" repräsentiert wird²⁾ und letztlich öffentliche Bauaufträge das vorwiegend handwerklich betriebene Ausbau- und Bauhilfsgewerbe in dem Ausmaß nicht betreffen, als es an der Ausführung von Straßen- und sonstigen Tiefbauten kaum beteiligt ist, wird durch diese Eingrenzung des Marktes für Bauleistungen der Aussagewert der Arbeit substantiell nicht betroffen.

1.3. Aufgabenstellung und Vorgehensweise

Ausgehend von diesen begrifflichen und inhaltlichen Abgrenzungen wird in dieser Arbeit die öffentliche Nachfrage nach Bauleistungen einer wettbewerbspolitischen Beurteilung unterzogen werden. Dabei geht es, wie eingangs erwähnt, vornehmlich darum, eine Antwort zu finden, ob und inwieweit die Mißstände im Markt für Bauleistungen auch auf das Verhalten öffentlicher Auftraggeber zurückgeführt werden können und wo gegebenenfalls die Ursachen eines solchen Fehlverhaltens begründet liegen. Mithin interessiert aufgrund dieser spezifischen Fragestellung das Fehlverhalten der Anbieter nur insoweit, als es in einem offensichtlichen Zusammenhang mit bestimmten Verhaltensmerkmalen öffentlicher Nachfrager steht. Die Zielsetzung der Arbeit erfordert, daß hier ein primär mikroökonomischer Ansatz gewählt wird und somit auf das Verhalten des einzelnen Auftraggebers sowie bestimmte Verhaltensweisen, die aus einer Interaktion mehrerer Auftraggeber erwachsen, abzustellen ist.

1) Vgl. Statistisches Bundesamt (Herausgeber) - Finanzen und Steuern, Reihe 7, Umsatzsteuer 1960, S.27 ff.

2) Vgl. Enquete über die Bauwirtschaft, a.a.O., S.763.

Makroökonomische Aspekte der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen, wie z.B. die Frage nach der Zweckmäßigkeit einer Konjunkturstabilisierung durch Bauinvestitionen, werden hingegen weitgehend ausgeklammert, wenngleich diese Trennung zum einen sinnvoll nicht durchgängig aufrechterhalten werden kann¹⁾ und zum anderen bestimmte Reibungsverluste bei der Nachfrage nach Bauleistungen allein aus makroökonomischer Sicht erklärt werden können²⁾.

Der Erklärungsansatz, der dieser Arbeit zugrundegelegt wurde, trägt den Erkenntnissen über "industrial organizations" Rechnung, wonach jeder Wirtschaftssektor sui generis ist, d.h., daß bei seiner Beurteilung die spezifischen Besonderheiten zu beachten sind³⁾. In diesem Sinne werden im Teil 2 die industriespezifischen Besonderheiten bauwirtschaftlicher Marktprozesse systematisiert und in einem Zusammenhang zu den allgemeinen Merkmalen von Wettbewerbsprozessen gestellt. In Verbindung damit wird in diesem zweiten Teil der Arbeit das auf makroökonomische Belange zugeschnittenen statistische Zahlenmaterial bezüglich der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen in einer für eine markttheoretische Untersuchung operablen Form aufbereitet, so daß einige Überlegungen über die Marktstellung und Marktmacht öffentlicher Auftraggeber angestellt werden können. Außerdem sollen die Aspekte berücksichtigt werden, die sich aus der Doppelrolle des Staates als Fiskus und Verordnungsgeber ergeben, denn die Verordnungstätigkeit als eine Erscheinungsform staatlichen Handelns kann sinnvollerweise kaum von der Vergabe öffentlicher Bauaufträge

-
- 1) Vgl. S.156 ff, wo derartige Überschneidungen sichtbar werden.
 - 2) Vgl. die Ausführungen von Rahmeyer über den Zusammenhang von Preis-Nachfrageschwankungen bei Bauinvestition. Rahmeyer, Fritz - Preisveränderungen und Erhöhung der Staatsquote in: Konjunkturpolitik, 21.Jg., Viertes Heft 1975, S.236 f.
 - 3) Vgl. Bain, J.S., Industrial Organizations, Secon edition, New York-London-Sydney 1968, S.7.
Derselbe - Barriers to New Competiton, Cambridge 1965, S.3.

getrennt werden¹⁾.

Diese Überlegungen sollen zudem verdeutlichen, welche marktstrategischen Möglichkeiten sich den öffentlichen Auftraggebern aus dieser Doppelrolle sowie der morphologisch und sektorspezifisch bedingten Marktstellung eröffnen könnten, wenn nicht die Marktbeziehungen zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern, der Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse und auch das Verhalten öffentlicher Auftraggeber im Rahmen einer Marktordnung geregelt wären. Regelungen dieser Art sind die VOB, die BaupreisVO und das GWB, welche unter Bezug auf die vorstehend genannten Aspekte im dritten Teil der Arbeit dargestellt werden.

Der vierte Teil der Arbeit behandelt die Frage nach der Zweckmäßigkeit und Wirksamkeit dieser Vorschriften in Hinblick auf einen wettbewerblichen Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse gerade unter dem Aspekt, ob diese geeignet sind, die These Forsthoffs zu bestätigen, wonach der Staat bereits in seiner Eigenschaft als Verordnungsgeber fiskalische Interessen verfolgt²⁾. Dabei werden alle in der Praxis relevanten (willkürlichen) Wettbewerbsbeschränkungen, die von öffentlichen Bauherren herbeigeführt werden, im Zusammenhang dargestellt.

Die Fragen bezüglich der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs am Markt für Bauleistungen werden im fünften Teil der Arbeit behandelt. Hier ist es ein vordringliches Anliegen, Möglichkeiten aufzuzeigen, wie unter Berücksichtigung wettbewerbswirtschaftlicher Prinzipien Mißstände am Baupreis beseitigt werden können, die sich negativ auf Baupreise sowie die Qualität von Bauleistungen auswirken. Dies ist, soweit es im Einflußbereich der Träger öffentlicher Nachfrage liegt, insbesondere bei der zeit-

1) In diesem Sinne: Zimmermann, H./ Henke, K.-D.
- Finanzwissenschaft, München 1975, S.21.

2) Forsthoff, E. - Der Staat als Auftraggeber, Stuttgart 1963, S.24.

lichen Gestaltung der Abwicklung von Bauvorhaben sowie durch die verstärkte Entfaltung eines Qualitätswettbewerbs möglich. Möglichkeiten und Grenzen eines auf die effizientere Gestaltung dieser wettbewerblichen Teilprozesse ausgerichteten Marktverhaltens öffentlicher Auftraggeber werden in diesem Teil der Arbeit diskutiert.

Die bisherigen Ausführungen lassen erkennen, daß die an die öffentlichen Auftraggeber gerichtete Empfehlung zu einem vergabe- und wettbewerbskonformen Verhalten nicht nur aus der Sichtweise des Wettbewerbspolitikers ableitbar ist, sondern daß in vielen Fällen auch dem fiskalischen Ziel der sparsamen Beschaffung entsprochen wird, wenn öffentliche Auftraggeber sich wettbewerblich verhalten. Die Beziehungen zwischen dem wettberwerbspolitischen und der fiskalischen Zielsetzung werden im einzelnen unter besonderer Berücksichtigung konfliktärer Zielbeziehungen im sechsten Teil der Arbeit diskutiert.

In der Schlußbetrachtung werden die Ergebnisse zusammengefaßt, und es wird ein Überblick über die wichtigsten Anforderungen vermittelt, die sich daraus für die Auftragnehmer ergeben.

2. Deskriptive und normative Kriterien bauwirtschaftlicher Marktprozesse

Ausgehend von einer allgemeinen Beschreibung des funktionsfähigen Wettbewerbs werden in diesem Teil bauwirtschaftliche Marktprozesse unter besonderer Berücksichtigung industrie- und marktspezifischer Gegebenheiten charakterisiert. In Hinblick auf die Marktstellung öffentlicher Auftraggeber werden fernerhin bestimmte Strukturmerkmale des Marktes für Bauleistungen sichtbar gemacht.

2.1 Das Verhältnis von Marktprozessen zu Wettbewerbsprozessen

Wettbewerbsprozesse sind eine spezifische Ausprägung von Marktprozessen. Im folgenden soll aufgrund der Wettbewerbsvoraussetzungen das Verhältnis von Wettbewerbsprozessen zu Marktprozessen bestimmt werden.

2.1.1 Terminologische Grundlagen einer Marktprozeßdefinition

Marktprozesse sind zu begreifen als auf den Austausch wirtschaftlicher Güter und Dienstleistungen gerichtete Systeme von Beziehungen zwischen sozialen Organisationen (private Nachfrager, Unternehmen, öffentlich-rechtliche Institutionen), die in diesen Prozessen als Nachfrager und/oder Anbieter fungieren.

Gemäß der Art der Beziehung zwischen den sozialen Organisationen läßt sich ein Marktprozeß zu analytischen Zwecken gedanklich in zwei Teilprozesse zerlegen¹⁾. Als Parallelprozeß umfaßt er die Beziehungen zwischen Organisationen jeweils einer Marktseite und als Austauschprozeß wird er durch die Beziehungen zwischen Organisationen,

1) Diese Betrachtungsweise ist von Griffin eingeführt worden und hat sich in der Wettbewerbstheorie seitdem durchgesetzt. Vgl. Griffin, C.E. - Enterprise in an Free Society, Chicago 1949, S.278 ff.

die sich als Anbieter und Nachfrager gegenüber stehen, definiert.

Infolge der Interdependenz derartiger Beziehungen erscheint der Markt zunächst einheitlich und unzerlegbar. Wird durch eine Abgrenzung eine Teilmenge der Beziehungen aus diesem Gesamtzusammenhang herausgelöst und zu einem Teilmarkt zusammengefaßt, so führt diese Abgrenzung zur Definition eines Marktes, der jedoch nichts anderes als eine theoretische Konstruktion darstellt¹⁾. Der Markt wird durch die Marktabgrenzung in seinen sachlichen, räumlichen und zeitlichen Dimensionen bestimmt, wobei die Diskussion, wie ein Markt in Hinblick auf gewisse Fragestellungen abzugrenzen ist, noch weitgehend offen ist²⁾.

Die Entwicklung eines solchen als mehrdimensionales Beziehungsgeflecht definierten Marktes wird entscheidend von den Marktteilnehmern, insbesondere den Unternehmen, geprägt. Trotz industrie- und marktspezifischer Gegebenheiten, die sich lediglich in Oszillationen um den allgemeinen Entwicklungstrend niederschlagen, ist die zeitliche Entwicklung eines Marktes als ein Prozeß allgemeiner Art zu begreifen³⁾.

-
- 1) Vgl. Oberender, P. - Zur Problematik der Marktabgrenzung unter besonderer Berücksichtigung des Konzepts des "relevanten Marktes", in: WiST, Heft 12, 1975, S.575.
 - 2) Diese Diskussion kann hier nicht aufgegriffen werden; einen immer noch aktuellen Überblick vermittelt:
Kaufer, E. - Das Konzept des relevanten Marktes in der amerikanischen Antitrustpolitik, Diss. Marburg 1965.
Ferner: Koenigs, F. - Einige Probleme des §18 GWB in: Mestmäker, E.-J., Biedenkopf, K., Hoppmann, E. (Herausgeber) - Wettbewerb als Aufgabe, Berlin-Zürich 1968, S.322, im folgenden zitiert als: Wettbewerb als Aufgabe.
 - 3) Vgl. Heuß, E. - Allgemeine Markttheorie, Tübingen 1965, S.15, der in diesem Zusammenhang unterscheidet zwischen einer Experimentierungs-, Expansions-, Ausreifungs- und Stagnations- bzw. Rückbildungsphase, durch die sich die zeitliche Entwicklung eines Marktes widerspiegeln läßt.

Die formale Bestimmung eines Marktprozesses sowie die Definition des Marktes beinhalten theoretische Aussagen allgemeingültiger Art. Die Funktionsweise von Marktprozessen, Art und Umfang der Beziehungen zwischen den Marktteilnehmern sowie die sozialen Auswirkungen dieser Beziehungen sind jedoch in erheblichem Maße von dem gesellschaftlichen Rahmen abhängig, innerhalb dessen die Marktprozesse sich vollziehen. Ein solcher gesellschaftlicher Rahmen kann historisch gewachsen oder bewußt ordnungspolitisch geformt sein¹⁾. Er stellt sich im allgemeinen als Wirtschaftsordnung und im besonderen als Marktverfassung dar.

Wenn Marktprozesse in diesem Sinne ordnungspolitisch begründet werden, dann geht die Gestaltung der Prozesse selbst oder bestimmter Rahmenbedingungen von Wertorientierungen und/oder von theoretischen Aussagen über den Prozeßablauf unter bestimmten Ordnungsbedingungen aus. Diese Wertorientierungen bzw. ihr Niederschlag in strukturbestimmenden ordnungspolitischen Entscheidungen sind in Verbindung mit den theoretischen Aussagen gleichsam ein Kriterium zur sachlichen Differenzierung von Marktprozessen.

Zum anderen erfolgt die sachliche Differenzierung von Marktprozessen üblicherweise aufgrund von Merkmalen der Marktstruktur und des Marktverhaltens sowie durch Marktergebnismerkmale.

Die Struktur eines Marktes, soweit diese mit Merkmalen beschrieben wird, die sich auf das Produkt, den Raum und die Zeit beziehen, wird mit der Abgrenzung des Marktes bereits weitgehend festgelegt. Sie wird zusätzlich durch solche Merkmale erfaßt, die den Status von Anbietern und Nachfragern im Markt oder, z.B. bei Konglomeraten, allgemein umschreiben. Zu den Merkmalen dieser Art zählen: die Geschlos-

1) Vgl. dazu Hensel, K.P. - Wirtschaftssysteme - Zwangsläufigkeit oder alternative Gestaltung? , in: Blauch, F., Bog, I., Gutmann, G., Hensel, K.P. - Wirtschaftssysteme zwischen Zwangsläufigkeit und Entscheidung, Stuttgart 1971, S.9 f.

senheit eines Marktes, Zahl der Anbieter und Nachfrager, der Marktanteil der einzelnen Marktteilnehmer, Form und Aufbau der Unternehmen.

Das Marktverhalten wird zu einem durch die den Marktteilnehmern eigenen Motivationen und Fähigkeiten (z.B. Erfolgsstreben und unternehmerische Qualifikation) und zum anderen durch die vorherrschenden Umweltbedingungen (z.B. Steuersystem, Marktverfassung) determiniert. Die Bestimmungsgründe des Marktverhaltens sind demnach subjektiver und objektiver Art. Merkmale des Marktverhaltens sind einerseits die Zielsetzungen und Verhaltensmaximen der Marktteilnehmer, andererseits die konkreten Verhaltensweisen, die als typische Verhaltensmuster zu begreifen sind¹⁾.

Marktergebnisse sind die ökonomischen Resultanten eines Marktprozesses. Es ist zu unterscheiden zwischen individuellen und gesamtwirtschaftlichem Marktergebnissen²⁾. Gesamtwirtschaftliche Marktergebnisse konkretisieren sich z.B. in der Art der Verbraucherversorgung und im Grad der Entfaltung sowie insbesondere der Verbreitung des technischen Fortschritts³⁾, während Gewinne, Verluste und Planübererfüllung Erscheinungsformen individueller Marktergebnisse sind.

-
- 1) Siehe Hoppmann, E. - Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, Berlin 1966, S.146.
 - 2) Vgl. zu dieser Unterscheidung: Willeke, F.-U., - Grundsätze wettbewerbspolitischer Konzeptionen, Tübingen 1973, S.21 f.
 - 3) Diese und weitere Beispiele sind aufgeführt bei: Walter, H. - Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Wettbewerbstheorie, in: Schmollers Jahrbuch, 89. Jahrg. (1969), S.544 f., Heuß, E. - Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wettbewerb als Aufgabe, a.a.O., S.37 f

2.1.2 Der Versuch einer allgemeinen Wettbewerbsdefinition

F.A.von Hayek hat den Wettbewerb als Entdeckungsverfahren¹⁾ und in diesem Sinne an anderer Stelle auch als einen Prozeß des gegenseitigen Überholens, der als Forschungsreise ins Unbekannte verstanden werden kann, charakterisiert²⁾. Heuß³⁾ und Arndt⁴⁾ heben bei der Beschreibung des dynamischen Wettbewerbs besonders die Zusammenhänge zwischen vorstoßendem und nachahmendem Wettbewerb hervor. Kaufer⁵⁾ betrachtet die Unsicherheit als das eigentlich dynamische Element wettbewerblicher Marktprozesse. Hoppmann⁶⁾ bezeichnet Marktprozesse dann als Wettbewerbsprozesse, wenn sich in ihnen Wettbewerbsfreiheit konkretisiert.

Obwohl infolge der Konzentration auf jeweils bestimmte Aspekte des in seiner Komplexität unüberschaubaren wettbewerblichen Geschehens naturgemäß gewisse Nuancen zwischen den theoretischen Positionen der einzelnen Autoren bestehen, ist in der wettbewerbstheoretischen Diskussion ein Konsensus über wesentliche Eigenschaften des Wettbewerbs zustandegekommen⁷⁾. Dieser Konsensus bezieht sich auf die folgenden Feststellungen⁸⁾:

1) In diesem Sinne charakterisiert von Hayek den Wettbewerbsprozeß. Vgl. von Hayek, F.A. - Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kieler Vorträge, Kiel 1968.

2) v.Hayek - Der Sinn des Wettbewerbs, in: v.Hayek, F.A. - Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Erlench-Zürich 1952, S.122 ff.

3) Vgl. Heuß, E., a.a.O., S.9 f und S.12 f .

4) Vgl. Arndt, H. - Schöpferischer Wettbewerb und klassenlose Gesellschaft, Berlin 1952, S.35 ff.

5) Vgl. Kaufer, E. - Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt, Bad Homburg v.d.H. 1970, S.18 f.

6) Vgl. Hoppmann, E. - Fusionskontrolle, Tübingen 1972, S.9.

7) Vgl. Herdzina, K.(Hrsg.) - Wettbewerbstheorie, Köln 1975, S.25. Herdzina trifft diese Feststellung in der von ihm verfaßten Einleitung.

8) Ebenda.

"Der Wettbewerb ist ein in der Zeit ablaufender, dynamischer Prozeß, der sich in Vorstoß und Verfolgung dokumentiert. In diesem Prozeß setzen verschiedene Akteure unterschiedliche Parameter ein. Er ist eingebettet in den Entwicklungsprozeß des jeweiligen Marktes sowie in den allgemeinen Wachstums- und Entwicklungsprozeß der gesamten Volkswirtschaft".

Wenn der Wettbewerb einerseits

- a) die Anpassung des Angebots an die sich quantitativ und qualitativ verändernden Käuferpräferenzen und
- b) die Durchführung und Verbreitung von Produkt- und Verfahrensinnovationen bewirkt¹⁾

sowie andererseits der Verwirklichung der Leistungsgechtigkeit dient, indem er die Entstehung funktionsloser Unternehmereinkommen²⁾ verhindert, soll er als funktionsfähig bezeichnet werden.

2.1.3 Voraussetzungen des funktionsfähigen Wettbewerbs

Knüpft man an den funktionsfähigen Wettbewerb die im vorhergehenden Abschnitt dargelegten Erwartungen, müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein³⁾, damit der Wettbewerb diesen Zielen gerecht wird. So setzt funktionsfähiger Wettbewerb notwendigerweise das Bestehen von Wettbewerbsfreiheit voraus, wobei Wettbewerbsfreiheit zum

-
- 1) Diese Wettbewerbsfunktionen unterscheidet Arndt. Vgl. Arndt, H. - Wettbewerbsprozesse, horizontale Konzentration und wirtschaftliche Entwicklung, in: Arndt, H. (Herausgeber) - Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF Band 20/I, ".Aufl., Berlin 1971, S.185.
 - 2) Funktionslose Unternehmereinkommen können bei allen Arten von Wettbewerbsbeschränkungen entstehen. Vgl. dazu: Herdzina, K. - Oligopolitische Interdependenz, Funktionsfähiger Wettbewerb und Wettbewerbsvoraussetzungen, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft, Band 24, Göttingen 1973, S.62. Im folgenden zitiert als Herdzina, K. - Funktionsfähiger Wettbewerb.
 - 3) Vgl. zur Vorgehensweise in diesem Abschnitt: Herdzina, K. - Funktionsfähiger Wettbewerb, a.a.O., S.75 ff.

einen als "Freiheit zu Wettbewerb unter den Konkurrenten" und zum anderen als "Auswahlfreiheit" zu verstehen ist¹⁾. Infolge der besonderen Bedeutung gerade dieser Voraussetzung wird dabei die Frage nach dem wünschenswerten Ausmaß an Wettbewerbsfreiheit an anderer Stelle gesondert beantwortet²⁾.

Andererseits erfordert funktionsfähiger Wettbewerb von den Marktteilnehmern, daß ihre Markthandlungen durch das Erfolgs- bzw. Nutzenstreben motiviert sind, daß Erfolgchancen bestehen und daß die Marktteilnehmer bereit sind, sich dem Leistungswettbewerb zu stellen, d.h. daß sie nicht versuchen, durch "willkürliche Wettbewerbsbeschränkungen" dem Leistungswettbewerb auszuweichen. Die Bereitschaft der Marktteilnehmer zum Wettbewerbsverhalten wird in diesem Sinne um so größer sein, je stärker das Erfolgsstreben ausgeprägt ist, je höher die Erfolgchancen sind und je weniger Ausweichmöglichkeiten bestehen³⁾.

Funktionsfähiger Wettbewerb setzt außerdem voraus, daß die Marktteilnehmer Datenänderungen und die damit verbundenen Chancen erkennen und daß sie fähig sind, sich an diese Veränderungen anzupassen. Demnach bedarf es einer hohen Markttransparenz, da ohne Kenntnis der gegebenen Verkaufs-, Bezugs- und Produktionsbedingungen (Bedingungs-
transparenz) und ohne die Fähigkeit, Qualitätsunterschiede erkennen und beurteilen zu können (Qualitätstransparenz), weder eine optimale Ausnutzung der vorhandenen Marktchancen noch eine rationale Kaufentscheidung möglich ist⁴⁾.

- 1) Vgl. Hoppmann, E. - Zum Schutzobjekt des GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, a.a.O., S.81. Im folgenden zitiert als: Hoppmann, E. - Schutzobjekt ...
- 2) Vgl. Abschnitt 2.1.4 .
- 3) Vgl. Herdzina, K. - Funktionsfähiger Wettbewerb... S.79.
- 4) Wie noch zu zeigen ist, ist die Forderung nach einer vollkommenen Markttransparenz, zu der auch noch eine hohe Erwartungstransparenz, definiert als Transparenz über zukünftiges Konkurrentenverhalten, zu zählen wäre, nicht adäquat. Vgl. Hoppmann, E. - Preismeldestellen und Wettbewerb. Einige Bemerkungen zu den wettbewerbstheoretischen Grundlagen der neueren Diskussion über Preismeldestellen, in: WuW 1966, S.110 f. sowie Woll, A. - Zur wettbewerbsspolitischen Bedeutung der Markttransparenz, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, a.a.O., S.209.

Die Fähigkeit der Marktteilnehmer, sich an Datenänderungen anzupassen bzw. solche sogar selbst auszulösen, hängt hingegen von der individuellen kaufmännischen und technischen Eignung des Marktteilnehmers sowie in quantitativer Hinsicht - und dies gilt speziell für die Anpassungsfähigkeit der Anbieter - von dessen Kapazität und Kapitalbeschaffungsfähigkeit ab¹⁾.

Wenn diese Voraussetzungen zutreffen und sowohl die Möglichkeit (Wettbewerbsfreiheit, Anpassungsfähigkeit, Markttransparenz) als auch die Bereitschaft zu einem wettbewerblichen Verhalten vorhanden ist, läßt sich der Ablauf von Wettbewerbsprozessen wie folgt charakterisieren²⁾:

1. Ausgelöst wird ein Wettbewerbsprozeß durch den Vorstoß eines oder mehrerer Anbieter, der darauf abzielt, ein verändertes Produkt auf den Markt zu bringen oder das eigene Präferenzpotential auf Kosten anderer zu vergrößern. Diese Phase des Wettbewerbsprozesses, der Aktionsprozeß, ist demnach durch den Versuch des oder der Vorstoßenden gekennzeichnet, über Preissenkungen, Qualitätsänderungen oder Produktinnovationen einen Vorsprung gegenüber den Konkurrenten zu erzielen.
2. Wenn die Nachfrager diesen Versuch honorieren, indem sie einen Nachfragetransfer zu den vorstossenden Anbietern vollziehen, ist die zweite Phase erreicht, in der ein Substitutionsprozeß der Nachfrager einen Vorsprung der vorstoßenden Anbieter (des vorstoßenden Anbieters) und damit in der Regel Vorsprungsgewinne entstehen läßt. Vorsprungsgewinne sind jedoch nur temporär vorhanden.
3. Auf diesen Substitutionsprozeß setzt nämlich ein Reaktionsprozeß der verdrängten Anbieter ein, die den Vorstoß imitieren, um eine der Ausgangsstel-

1) Vgl. Herdzina, K. - Funktionsfähiger Wettbewerb, a.a.O. S. 78.

2) Ebenda, S.73 f.

lung¹⁾ entsprechende Präferenzverteilung herzustellen, d.h., den verlorenen Marktanteil zurückzugewinnen.

4. Die Nachfrager reagieren auf diese Anstrengungen wiederum mit einem Nachfragetransfer, wodurch der temporär vorhandene Vorsprung des oder der Pionierunternehmen und mithin auch die entsprechenden Vorsprungsgewinne verschwinden. Dieser Resubstitutionsprozeß der abgewanderten Nachfrage führt tendenziell zu einer Wiederherstellung der ursprünglichen Präferenzverteilung.

Der Wettbewerbsprozeß muß jedoch die ursprüngliche Präferenzverteilung nicht wiederherstellen, sondern er kann als mutativer Prozeß diese Verteilung auch erheblich verzerren, insbesondere wenn es den Imitatoren nicht gelingt, den Wettbewerbsvorsprung der Vorstoßenden zu egalisieren oder wenn newcomer einen Verdrängungsprozeß auslösen. Die Tendenz zur Verhinderung funktionsloser Unternehmerein- kommen ist jedenfalls bei beiden Varianten wirksam.

Wie Herdzina hervorhebt, ist fernerhin zu beachten, daß der Reaktionsprozeß bereits auch schon ausgelöst werden kann, bevor der Substitutionsprozeß in Gang kommt, da Reaktionen der Konkurrenz allein aufgrund der Erwartung von Substitutionen der Nachfrager erfolgen können. Andererseits wird der oben skizzierte Ablauf von Wettbewerbsprozessen auch dadurch modifiziert, daß die Reaktion sich mitunter nicht auf die Egalisierung des Wettbewerbsvorsprungs beschränkt, sondern zugleich eine überholende Aktion beinhaltet²⁾.

1) Der Begriff Gleichgewicht wird hier bewußt vermieden, weil eine Gleichgewichtssituation keine Voraussetzung für die Entfaltung eines Wettbewerbsprozesses ist.

2) Vgl. Herdzina, K. - Funktionsfähiger Wettbewerb, S.73.

2.1.4 Theoretische Präzisierung der Wettbewerbsfreiheit

Wettbewerbsprozesse sind freie Marktprozesse. Sie entfalten sich aufgrund der Freiheit, an Marktprozessen teilnehmen und dabei nach eigenen Entscheidungen tätig sein zu können¹⁾. Wettbewerbsprozesse werden demnach konkret durch das, was die einzelnen Marktteilnehmer aus der ihnen gegebenen Freiheit machen²⁾.

Diese Freiheit, die Wettbewerbsfreiheit, kann als Spielraum für selbständige Entscheidungen und Aktivitäten derjenigen Wirtschaftssubjekte, die sich an Marktprozessen beteiligen bzw. beteiligen wollen, aufgefaßt werden³⁾.

Die Wettbewerbsfreiheit setzt sich integrativ aus zwei Teilfreiheiten zusammen⁴⁾. Sie ist einerseits die Freiheit zu Wettbewerb unter den Konkurrenten. In diesem Sinne umfaßt die Wettbewerbsfreiheit die Möglichkeit, in einen Markt einzutreten, die Freiheit zum Einsatz von Wettbewerbsmitteln (Aktionsparametern) zur Erreichung der individuellen Ziele und sie schließt die Freiheit ein, auf Aktionen der Konkurrenten zu reagieren, wobei als relevanter Gesichtspunkt die Freiheit zur Imitation technischer Neuerungen zu nennen wäre.

Andererseits bedeutet Wettbewerbsfreiheit Auswahlfreiheit, wenn sie als Freiheit der Anbieter und Nachfrager verstanden wird, aus mehreren alternativen Angeboten der jeweiligen Marktgegenseite auswählen zu können.

Wettbewerbsfreiheit darf nicht als uneingeschränkte Handlungsfreiheit interpretiert werden. So erfordert Freiheit die Abwesenheit von Zwangshandlungen, da durch Zwang der Gezwungene in den Dienst des Zwingenden gestellt wird, so

1) Vgl. Hoppmann, E. - Fusionskontrolle, Tübingen 1972, S.9.

2) Ebenda, a.a.O., S.11.

3) Vgl. Willeke, F.-U., a.a.O., S.16.

4) Hier wird die Vorgehensweise Hoppmanns aufgegriffen: Vgl. Hoppmann, E. - Schutzobjekt, a.a.O., S.81.

daß jener nicht mehr nach eignen Entscheidungen tätig sein kann. Da, wie von Hayek nachgewiesen hat, auch Irreführung und Betrug geeignet sind, Marktteilnehmer in den Dienst des Irreführers oder Betrügers zu zwingen¹⁾, ist Wettbewerbsfreiheit vervollständigend als Abwesenheit von Zwang, Irreführung und Betrug zu charakterisieren²⁾.

Die Zwangsgewalt des Staates, die diesem gegeben sein muß, um die Einhaltung solcher Regeln sicherzustellen, mit denen die Ausübung von Zwang, Betrug und Irreführung verhindert werden soll, ist mit Wettbewerbsfreiheit kompatibel, allerdings nur insoweit, als diese Zwangsgewalt sich auf die Überwachung der Einhaltung von solchen "Spielregeln"³⁾ beschränkt.

Wenn diese Spielregeln generell vollziehbar, allgemein und abstrakt sind und wenn sie in der Verbotsform abgefaßt werden, wird die Handlungsfreiheit aller Marktteilnehmer insgesamt eingeschränkt, ohne daß dadurch jedoch den nach ihren eigenen Zielen agierenden Wirtschaftssubjekten positiv im einzelnen vorgeschrieben wird, was sie zu tun haben⁴⁾.

Zum anderen ist Wettbewerbsfreiheit im Sinne einer uneingeschränkten Handlungsfreiheit gar nicht realisierbar, da gerade innerhalb der Parallelprozesse die Spielräume für selbständige Entscheidungen und die individuellen Aktionsbereiche der einzelnen Marktteilnehmer nicht komplementär zueinanderstehen, sondern einander beeinträchtigen⁵⁾. Weil die Ausfüllung des Entscheidungs-

1) Vgl. von Hayek, F.A. - Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971, S.173. Zitiert nach Hoppmann, E. - Fusionskontrolle, a.a.O., S.12.

2) Vgl. Hoppmann, E. - Fusionskontrolle, A.a.O., S.12 f.

3) Eingeführt wurde dieser Terminus von Edwards, der von "rules of the game" spricht. Vgl. Edwards, C.D. - Maintaining Competition, New York-Toronto-London 1964, S.2 .

4) Vgl. Hoppmann, E. - Fusionskontrolle, a.a.O., S.10.

5) Vgl. Herdzina, K. - Funktionsfähiger Wettbewerb, a.a.O., S.87

und Handlungsspielraumes durch einen Marktteilnehmer den faktischen Spielraum anderer Wettbewerber mehr oder weniger aufheben kann, muß Wettbewerbsfreiheit in einem relativen Sinne verstanden werden. In diesem relativen Sinne ist Wettbewerbsfreiheit die Freiheit, in Marktprozessen Leistungen zu erbringen. Sie ist die Freiheit zu Leistungswettbewerb, wenn man darunter versteht, daß man - aus der Sicht eines Anbieters - Konkurrenten nur mit billigeren oder besseren Leistungen zu übertrumpfen versucht¹⁾.

Solche Beschränkungen des Aktionsspielraumes einzelner Marktteilnehmer, die aus dem Vorhandensein von Konkurrenten erwachsen, die sich dem Leistungswettbewerb stellen, sind der Entfaltung wettbewerblicher Marktprozesse grundsätzlich vorgegeben. Solche Handlungen hingegen, die bewußt auf eine Ausschaltung oder Minderung des Leistungswettbewerbs hinzielen, sind keine Handlungsfreiheiten im Sinne der relativen Wettbewerbsfreiheit, so daß man Wettbewerbsfreiheit neben der Abwesenheit von Zwang, Irreführung und Betrug auch durch die Abwesenheit von (willkürlichen) Beschränkungen des Aktionsspielraumes von Marktteilnehmern durch andere Marktteilnehmer bestimmen muß²⁾.

In beiderlei Hinsicht ist es eine vermittels der Spielregeln zu bewältigende Aufgabe, die im Sinne der relativen Wettbewerbsfreiheit unerwünschten von den erwünschten Handlungsweisen abzugrenzen, so daß die Spielregeln die maximale relative Wettbewerbsfreiheit durch negative Abgrenzung festlegen.

2.1.5 Systematik der Wettbewerbsschranken

Je nachdem, in welchem Maße Wettbewerbsfreiheit besteht und auch die anderen Wettbewerbsvoraussetzungen erfüllt

1) Vgl. Hamm, W. - Die Bedeutung des leistungsgerechten Wettbewerbs im Rahmen der Wettbewerbsregeln, in: WuW 2/75, S.119.

2) Vgl. Hoppmann, E. - Fusionskontrolle, a.a.O., S.15 f.

sind, wird der Wettbewerb in Hinblick auf die Ziele Leistungsgerechtigkeit, präferenzorientierte Angebotsanpassung sowie Durchführung und Verbreitung von Innovationen funktionsfähig sein. Abgesehen vom Fehlen solcher Voraussetzungen, für die allein oder doch zumindest weitgehend subjektive Bestimmungsgründe des Marktverhaltens ausschlaggebend sind¹⁾, können bezüglich der anderen Wettbewerbsvoraussetzungen Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit auf (objektive) Wettbewerbsschranken zurückgeführt werden.

Allen Arten von Wettbewerbsschranken ist gemein, daß durch einen Sachverhalt mindestens ein aktueller oder potentieller Marktteilnehmer an einer bestimmten Wettbewerbshandlung gehindert wird, obwohl er diese Aktivität entfalten möchte. Aus diesem Grunde fallen die sich unter der Voraussetzung solcher Wettbewerbsschranken bildenden Marktergebnisse in der Regel schlechter aus, als dies bei unbeschränktem Wettbewerb zu erwarten wäre²⁾.

Wenn Wettbewerbsschranken durch Maßnahmen irgendeiner Person oder Institution aufgehoben werden können und wenn die Entscheidungen, durch die eine Wettbewerbsbeschränkung

1) Diese entziehen sich mithin auch weitgehend der wirtschaftspolitischen Beeinflussung.

2) Es sind allerdings auch Wettbewerbsschranken nachweisbar, die einen positiven Einfluß auf Marktergebnisse haben. So erscheint es plausibel, daß durch eine Erschwerung (befristete Patente mit Zwangslizenzen) für die Imitatoren die Realisierung von Innovationen durch die Erwartung höherer Vorsprungsgewinne gefördert werden kann. So: Willeke, F.-Ü., a.a.O., S.42. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die grundsätzlichen Bedenken gegen die Kausalbeziehung zwischen Marktergebnissen und natürlichen Wettbewerbsschranken, die von Tolksdorf geäußert werden: Tolksdorf, M. - Hoppmanns neoklassische Wettbewerbstheorie als Grundlage der Wettbewerbspolitik, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 183 (1969), S.61 ff, sowie idem - Zur ökonomischen Begründung von Ausnahmereichen, in: ebenda, 187(1973), S.543 ff.

herbeigeführt wird, bewußt und in Kenntnis der beschränkenden Wirkung getroffen wird, so spricht man von willkürlichen Wettbewerbsschranken¹⁾.

Wenn ceteris paribus der beschränkende Sachverhalt nicht auf irgendwelche bewußt auf Wettbewerbsbehinderungen abzielende Entscheidungen zurückgeführt werden kann, bezeichnet man diese Wettbewerbsschranken als korrigierbar²⁾. So ist z.B. die Gefahr, daß eine Spielregel in eine staatlich sanktionierte Wettbewerbsbeschränkung umschlägt, bereits dadurch gegeben, daß die Auswirkungen der Spielregel auf den Ablauf von Marktprozessen nicht exakt vorhergesehen werden können und daß erst im und durch das Entdeckungsverfahren Wettbewerb die Untauglichkeit dieser Regel sichtbar wird.

Natürliche Wettbewerbsschranken sind dann gegeben, wenn der beschränkende Sachverhalt nicht bewußt herbeigeführt wird und wenn er zudem durch keine Entscheidung irgendeiner Person oder Institution aufgehoben werden kann³⁾.

Korrigierbare und willkürliche Wettbewerbsbeschränkungen, die demnach durch wettbewerbspolitische Maßnahmen aufgehoben werden können, lassen sich auf die folgenden Grundtypen zurückführen:

- a) die Privilegierung oder Diskriminierung von Marktteilnehmern durch den Staat in Ausübung der hoheitlichen Gewalt und
- b) Beschränkungen des Leistungswettbewerbs durch Marktteilnehmer.

Aus dem Zusammenhang zwischen Wettbewerbsvoraussetzungen und Wettbewerbsschranken läßt sich für eine Wettbewerbspolitik, die sich der Referenzsituation des funktionsfä-

1) Vgl. Willeke, F.-U., a.a.O., S.43 f.

2) Ebenda, S.44.

3) Ebenda, S.43 f.

higen Wettbewerbs verpflichtet fühlt, als hauptsächlichste Aufgabe die Beseitigung solcher Wettbewerbsschranken ableiten.

2.2. Industriespezifische Charakteristika bauwirtschaftlicher Marktprozesse

Die Arbeitsteilung in bauwirtschaftlichen Marktprozessen die zwischen den beiden Marktpartnern besteht, führt zu einer Rollenverteilung zwischen Anbietern und Nachfragern sowie gegebenenfalls den selbständigen Planern (freie Architekten und Ingenieure), deren Kenntnis unabdingbare Voraussetzung für eine wettbewerbspolitische Beurteilung der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen ist. Es wird sich nämlich herausstellen, daß die allgemeinen Ausführungen über den Ablauf und die Funktionsweise von Wettbewerbsprozessen durch diese Rollenverteilung in mehrfacher Hinsicht modifiziert werden.

Fernerhin vollzieht sich die Bautätigkeit unter anderen Bedingungen als die Produktion aller anderen Wirtschaftsgüter¹⁾. Das beruht im wesentlichen auf den folgenden Tatbeständen:

1. Die Bauwirtschaft ist ein Bereitschaftsgewerbe²⁾.
2. Während die Betriebsstätten in der Bauwirtschaft weitgehend mobil sind, sind die Erzeugnisse stationärer Natur³⁾.
3. Witterungseinflüsse schränken die Bautätigkeit saisonal ein⁴⁾.
4. Angebot und Nachfrage beziehen sich in der Regel auf ein individuelles Bauobjekt⁵⁾.

1) Kresling, H. - Artikel: Bauwirtschaft, HdSW, Band 1, Göttingen 1956, S.687.

2) Vgl. Ifo-Institut für Wirtschaftsforschung (Hrsg.) - Kostenstruktur und Preisentwicklung in der Bauindustrie, München 1963, S.2. Im folgenden zitiert als: Kostenstruktur und Preisentwicklung.

3) Ebenda.

4) Vgl. Von Lucadou, E. - Struktur und Probleme des Bauhauptgewerbes, Wiesbaden-Berlin 1960, S.96 f.

5) Vgl. Brüggemann, F.-H. - Baumarkt - enfant terrible der Marktwirtschaft, in: Baupreis und Baumarkt, Wiesbaden-Berlin 1962, S.16.

Die relevanten Aspekte der Rollenverteilung zwischen Auftraggeber und -nehmer sowie die marktprozessualen Auswirkungen, die von den vorstehend aufgezählten Tatbeständen auf die Funktionsweise und den Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse ausgehen, sollen in diesem Kapitel sichtbar gemacht werden.

2.2.1 Der typische Ablauf eines bauwirtschaftlichen Ver- gabeverfahrens

Obwohl jeder Marktprozeß ein historisch einmaliger Prozeß ist¹⁾ und jedes Marktgeschehen zudem eine nahezu unbeschreibliche Vielfalt von Eigenschaften aufweist²⁾, erscheint es legitim, idealtypisch den Weg nachzuzeichnen, den normalerweise eine Bauleistung vom Zeitpunkt der grundsätzlichen Beschließung des Bauvorhabens bis zur technischen Abnahme und der Entgeltung der Bauleistung durch den öffentlichen Auftraggeber nimmt³⁾. Dies sei am Beispiel der Errichtung eines Stadions in einer Großstadt demonstriert.

Geplant wird der Bau eines attraktiven Fußballstadions. In der Stadtverordnetenversammlung wird beschlossen,

- a) ein auch für mehrere Sportarten nutzbares Stadion zu errichten,
- b) daß die Kosten für den Bau dieser Sportanlage keinesfalls 55 Millionen DM übersteigen dürfen,
- c) das Städtische Bauamt mit der Planung und Ausführung der technischen Vorarbeiten zu betrauen.

1) Vgl. Herdzina, K., a.a.O., S.56.

2) Vgl. Hoppmann, E. - Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, a.a.O., S.146.

3) Vgl.dazu: - Kostenstruktur und Preisentwicklung, S.1 f. Es wird hier eine Idee aufgegriffen, die bereits in dieser Untersuchung des Ifo-Institutes zur Demonstration des Ablaufs bauwirtschaftlicher Marktprozesse zugrundegelegt wurde.

Bereits zu Beginn dieser Vorarbeiten stellt sich heraus, daß das technische Personal des Bauamtes den Anforderungen, die mit der Planung eines derart komplexen, nicht alltäglichen Bauvorhabens verbunden sind, nicht gewachsen ist. Deshalb wird im Namen der Stadt ein Architekturwettbewerb durchgeführt, um unter Bekanntgabe der eingangs erwähnten Restriktionen sowie des für die Bebauung vorgesehenen Geländes den besten Vorschlag zu ermitteln.

Nach der Prämierung der Vorschläge werden die zwei erstplazierten Entwürfe im Städtischen Bauamt alternativ so weit ausgearbeitet und vervollständigt, daß aufgrund der entstandenen Leistungsbeschreibung Kostenvoranschläge erstellt werden können. Die endgültige Entscheidung für einen der ausgearbeiteten Vorschläge wird wiederum von der Stadtverordnetenversammlung getroffen. Vom Städtischen Bauamt werden daraufhin die für die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung erforderlichen Unterlagen vorbereitet.

Bis zu diesem Stadium agieren ausschließlich der Bauherr sowie gegebenenfalls die selbständigen Planer. Mit der öffentlichen Bekanntgabe des Konkurrenzaufufes werden die Bauunternehmen erstmals mit detaillierten Angaben über dieses Bauvorhaben konfrontiert. Sie müssen nun prüfen, ob sie unter Berücksichtigung ihrer fertigungstechnischen und kapazitativen Möglichkeiten sowie ihrer terminlichen Verpflichtungen überhaupt in der Lage sind, das annoncierte Vorhaben in der vorgegebenen Zeit auszuführen, und, wenn ja, zu welchem Preis sie ihre Dienste anbieten wollen. Dabei wird es zu den ersten Kontakten zwischen den Bauunternehmen und den Bauherren kommen. Diese Kontakte werden allerdings insoweit unverbindlich sein, als sie lediglich dem besseren Verständnis der Ausschreibungsunterlagen dienen und zum Beispiel Rückfragen der Bauunternehmen bezüglich der Leistungsbeschreibung klären.

Nachdem die Ausschreibungsfrist abgelaufen ist, werden die eingegangenen Angebote geöffnet und geprüft. Derjenige Bieter erhält den Zuschlag, dessen Angebot für den Auftraggeber wirtschaftlich am annehmbarsten ist.

Mit dem Zuschlag wird die ausgewählte Bauunternehmung und natürlich auch die Stadt als Vertragspartner an die im Rahmen des Bauvertrages zustandegekommenen Vertragsbedingungen gebunden, insbesondere an die technischen Ausführungsvorschriften und den Zeitplan.

Die Ausführung des Bauvorhabens nach den vom Bauherrn vorgeschriebenen Richtlinien kann nun erfolgen. In dem Zeitraum bis zur technischen Abnahme des fertiggestellten Bauobjekts liegt der eigentliche Aktionsspielraum der Bauunternehmen. Mit der bereits vor Baubeginn vereinbarten Abgeltung der Leistung sowie deren Überprüfung nach den Vorschriften der Baupreisverordnung wird der Bauvertrag auch seitens des Auftraggebers erfüllt.

2.2.2 Die aktive Marktstellung des Bauherrn

Unter den in der Bundesrepublik vorherrschenden Bedingungen an den Märkten für Bauleistungen ist es prinzipiell möglich, daß die Nachfrager mit Ausnahme der Ausführung eines Bauvorhabens und deren Planung den gesamten Prozeß von der Bedürfnisfeststellung bis zur Nutzung des Bauwerks gestaltend lenken. Dies sei anhand von Schaubild Nr.3 verdeutlicht¹⁾:

1) In Anlehnung an: Grundsätze kostenbewußter Bauplanung, Arbeitspapier des Arbeitskreises "Kostenbewußtes Planen" der RG Bauwesen im RKW (Diskussionsergebnisse), Fassung 3, vom 6.3.73.

Schaubild Nr. 3: Funktionsteilung zwischen Auftraggeber und Unternehmer

Phase	Aufgabenstellung	Entscheidungs-träger
Bedarfs-planung	Konkretisierung der Bedürfnisse, die vermittels des Bauwerkes befriedigt werden sollen	Auftraggeber
Programm-planung	Ermittlung der Grundlagen für die Bauplanung: Standort, Termin, Finanzierungsmittel, funktionale Anforderungen, die vom Nutzungszweck her an das Bauvorhaben zu stellen sind	Auftraggeber
Funktionsplan-ung	Entwicklung von Lösungskonzeptionen für das Bauwerk als Ganzes; Bestimmung der Baukörperform und -gliederung; Grundrißaufteilung und Ausstattungsmerkmale	Auftraggeber oder Unternehmer
Konstruktions-planung	Suche nach adäquaten Bausystemen, systemgerechten Materialien und materialgerechten Dimensionierungen i.S. der Funktionsplanung; Optimierung; Erstellung der Unterlagen für die Bauausführung	Auftraggeber oder Unternehmer
Fertigungs-planung	objektbezogene Herstellungs-, Montage- u. Ablaufplanung	Unternehmer
Realisation	Bauausführung	Unternehmer

Bei einer derart ausgestalteten Aufteilung von Entscheidungsbefugnissen zwischen Anbietern und Nachfragern bieten sich dem Nachfrager Ansatzpunkte für eine mehrdimensionale Steuerung des Prozeßablaufs. So werden der Standort des Bauwerks, der Baubeginn und die Bauzeit ausschließlich vom Auftraggeber bestimmt.

Noch wichtiger erscheint in diesem Zusammenhang, daß der Auftraggeber über seine Entscheidungen bezüglich der zu verwendenden Baustoffe und der funktionalen Anforderungen an das Bauwerk sowie bezüglich der konstruktiven Lösung das Bauobjekt in seinen qualitätsmäßigen Eigenschaften bereits zu einem Zeitpunkt fixiert, in dem eine Marktbeziehung zu einem Auftragnehmer in der Regel noch nicht besteht.

In bauwirtschaftlichen Marktprozessen entscheidet demzufolge der Nachfrager - und nicht wie üblicherweise der Anbieter - unmittelbar über den Einsatz und die Ausprägung von Aktionsparametern. Aus markttheoretischer Sicht wird dies zu einem sehr relevanten Charakteristikum der Bauauftragsvergabe, weil dadurch eine wesentlich engere Beziehung zwischen Nachfragerentscheidungen und der Qualität von Marktergebnissen entsteht, als dies in anderen Branchen der Fall ist, wo der Einfluß des Nachfragers, z.B. auf gewisse qualitätsmäßige Eigenschaften des Produktes sowie auf die Richtung, in die der Prozeß des technischen Fortschritts verläuft, nur mittelbarer Art ist. In Hinblick darauf, daß alle einen Marktprozeß auslösenden Anstöße nur vom Auftraggeber veranlaßt werden können, sind die Nachfrager zudem diejenigen Marktteilnehmer, die als die auslösenden Kräfte in einem System bauwirtschaftlicher Marktprozesse zu klassifizieren wären, da sich bei ihnen nahezu alle Initiativfunktionen konzentrieren.

Bereits aus Gründen, die ausschließlich durch die bau marktspezifische Arbeitsteilung bedingt sind, ergibt sich also eine aktive Marktstellung des Auftraggebers,

die im Verhältnis zu der reaktiven Marktstellung des Auftragnehmers als dominierend bezeichnet wird¹⁾, wobei zur Vermeidung von Mißverständnissen ausdrücklich darauf hingewiesen sei, daß die dominierende Marktstellung des Nachfragers nicht aufgrund von Merkmalen der Marktmacht, sondern aus baumarktspezifischen Gegebenheiten abgeleitet wurde.

Ob und inwieweit eine solche Auffassung gerechtfertigt ist, hängt jedoch von bestimmten Voraussetzungen auf der Seite der Nachfrager ab, die nicht ohne weiteres als gegeben unterstellt werden können; so setzt die These von der dominierenden Marktstellung des Nachfragers in bauwirtschaftlichen Austauschprozessen notwendigerweise voraus, daß der Auftraggeber überhaupt in der Lage ist, die sich ihm aus seiner Marktstellung eröffnenden Handlungsmöglichkeiten wahrzunehmen.

Dies kann allenfalls für den Kreis von Auftraggebern angenommen werden, der infolge häufiger Bautätigkeit über eigene Planungskapazitäten verfügt und dessen Planungskapazität darüberhinaus den Erfordernissen seiner sachlich differenzierten Bedarfsstruktur gerecht werden kann. Hingegen dürfte gerade für den Großteil der Nachfrager, die nur einmalig oder sporadisch als Auftraggeber von Einzelobjekten am Markt in Erscheinung treten, aus der eingangs charakterisierten Funktionsteilung eher eine Belastung erwachsen, weil das für eine rationelle Lösung der anstehenden Planungsaufgaben erforderliche Wissen bei diesen Auftraggebern nicht vorausgesetzt werden kann. Es ist deshalb auch nicht verwunderlich, daß in Marktprozessen, in denen dieser Gruppe von Nachfragern zurechenbare Auftraggeber beteiligt sind, die Trennung von Planung und Aus-

1) Vgl. Ifo - Institut für Wirtschaftsforschung (Herausgeber): Bauwirtschaft und öffentliche Hand - Partner am Baumarkt, München 1965, S.76. Im folgenden zitiert als: Bauwirtschaft und öffentliche Hand.

führung nicht mehr aufrechterhalten wird und daß sich die Verantwortung für Planungsentscheidungen in Richtung auf die Bauunternehmen bzw. institutionell verselbständigte Planungsträger verlagert hat¹⁾.

Durch die im Rahmen der Gebietsreform vollzogenen Zusammenschlüsse von kleinen Gemeinden, die zu einer rigorosen Abnahme der Zahl selbständiger Gemeinden führten, kann man jedoch davon ausgehen, daß selbst bei den kommunalen Auftraggebern die Voraussetzungen für eine Wahrnehmung der in der Marktstellung begründeten Möglichkeiten nunmehr vorliegen, wenngleich unter dem Aspekt der Leistungsfähigkeit der Planungskapazitäten nach wie vor gewisse Abstriche zu machen sind.²⁾

Trotz dieser Einschränkung ist festzuhalten, daß eine dominierende Marktstellung im Falle öffentlicher Auftraggeber unterstellt werden kann.

2.2.3 Die Bauwirtschaft als Bereitschaftsgewerbe

Während im allgemeinen das unternehmenspolitische Prinzip, marktaktuelle Leistungen anzubieten, eine generelle Durchdringung aller betrieblichen Entscheidungen ausgehend von den absatzpolitischen Möglichkeiten erfordert und Produktgestaltung und Programmpolitik demzufolge vorrangige Teilbereiche der Unternehmenspolitik sind³⁾, kann - wie das gewählte Beispiel für den Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse zeigt - eine derartige unternehmenspolitische Konzeption für Unternehmen der Bauwirtschaft grundsätzlich keine Bedeutung haben.

"Auf dem Baumarkt geht die Initiative für jede Inangriffnahme einer Produktion vom Nachfrager aus. Produziert wird im allgemeinen auf Bestellung"⁴⁾.

1) Vgl. Enquete, a.a.O., S.1172.

2) Dies wird durch das gewählte Beispiel verdeutlicht. Siehe dazu S.31.

3) Dies ist einer der Hauptgedanken des Marketing-Konzepts. Vgl.dazu: Nieschlag, R., Dichtl, E., Hörschgen, H.-Marketing, 4.Aufl., Berlin 1971, S.319 f.

4) Vgl.Kostenstruktur und Preisentwicklung, a.a.O., S.2.

Aufgrund dieser Sachlage wird die Bauwirtschaft als Bereitschaftsgewerbe bezeichnet. Sieht man einmal von den quantitativ unbedeutenden Sonderfällen ab, daß Bauunternehmen Bauvorhaben für eigene Zwecke realisieren oder daß sie im Rahmen der Fertigbauweise Bauteile oder sogar Gebäude erstellen, so hat diese Sachlage zur Folge, daß die Bauunternehmen erst dann einen Marktprozeß beeinflussen und damit gegebenenfalls auch in den Prozeß der Leistungserstellung eingreifen, nachdem der Bauherr die Entscheidungen über Ort, Objekt und Zeitraum der Leistungserstellung bereits getroffen hat.

Der Einfluß des Bauunternehmers auf diese Entscheidungen des Bauherrn ist erfahrungsgemäß sehr niedrig zu veranschlagen¹⁾ und dürfte infolge bestimmter Eigenheiten im System der öffentlichen Auftragsvergabe bei öffentlichen Auftraggebern sogar noch geringer sein als bei nicht-öffentlichen Nachfragern²⁾. Da die marktgerichteten Aktionsmöglichkeiten für bauwirtschaftliche Unternehmen wegen der aktiven Rolle des Bauherrn begrenzt sind, kann die Vorstellung eines innovatorischen und dynamischen Unternehmers in der Bauwirtschaft nur in einem stark modifizierten Sinne aufrechterhalten werden.

Das gilt um so mehr, als in der Bauwirtschaft nicht nur auf Bestellung, sondern zudem auch noch nach den individuellen Vorstellungen des Auftraggebers produziert wird. Aus der für die Bauwirtschaft typischen Einzelfertigung auf Bestellung ergibt sich für die ausführenden Unternehmen zumindest teilweise die Notwendigkeit zur konventionellen handwerklichen Fertigung³⁾ und obwohl

1) Vgl.: Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.76.

2) Dies wird in Kapitel 3.1 im einzelnen begründet.

3) So: Herold, H.- Industrielles Bauen - aber wie?, in: Die Welt, Nr.212, v.11.9.73, Sonderbeilage, Seite 9. Herold bezeichnet diese Art der Fertigung als "Ortsfertigung".

die industrielle Massenfertigung bestimmter Bauteile (Türen und Fenster) sowie verschiedener Vorrichtungen (Verputzen eines vorgefertigten Wandelements unter den räumlichen Bedingungen der stationären Industrie)¹⁾ nicht nur eine kostengünstigere Produktion ermöglicht, sondern auch in Hinblick auf die Länge der Bauzeit Vorteile aufweist²⁾, hängt es letztlich vom Auftraggeber bzw. dessen konstruktionsmäßigen Vorstellungen ab, ob und inwieweit diese Verfahren zur Anwendung kommen. Die individuellen Vorstellungen des Auftraggebers determinieren somit die Art und den Umfang der Leistungswiederholung und in diesem Zusammenhang auch das anzuwendende Fertigungsverfahren.

Fernerhin ist zu berücksichtigen, daß Unternehmen eines Bereitschaftsgewerbes kaum die Möglichkeit zur kurzfristigen Anpassung an Beschäftigungsschwankungen haben. Da nicht auf Lager produziert beziehungsweise höchstens eine begrenzte Anzahl von Bauteilen vorgefertigt werden kann, weil erst die Entscheidungen des Auftraggebers abzuwarten sind, wird die Anpassung der Beschäftigung eines Bauunternehmens an die am Markt vorherrschende Auftrags- und Beschäftigungslage in erheblichem Maße erschwert. Unter diesen Umständen muß der Vorwurf, daß die Baufirmen zu wenig zur Lenkung und Beeinflussung der Nachfrage unternehmen³⁾, unbegründet erscheinen.

So wird z.B. auch infolge einer weitgehenden Versachlichung und Formalisierung der Marktbeziehungen insbesondere zwischen öffentlichen Nachfragern und den Bauunternehmen

-
- 1) Vgl. Ifo - Institut für Wirtschaftsforschung (Hrsg.) - Perspektivaufgaben für das deutsche Baugewerbe, Teil IV; Technische Entwicklungstendenzen, München 1971, S.15.
 - 2) Vgl. Bundesminister für Städtebau und Wohnungswesen (Hrsg.) - Rationalisierungsfibel, 1972, S.201.
 - 3) So hingegen: Ifo-Institut für Wirtschaftsforschung (Hrsg.) - Soziale und wirtschaftliche Auswirkungen der Winterbauförderung, Bonn 1964, S.51.

die Bedeutung der Werbung in enge Schranken gewiesen. Die Werbung in der Bauwirtschaft beschränkt sich lediglich darauf, daß Bauunternehmen in Fachzeitschriften sowie in der lokalen und regionalen Presse ihre Dienste anbieten. Die Aufwendungen dafür sind deshalb vergleichsweise gering; selbst in der detaillierten Kostenerhebung des Ifo-Instituts für Wirtschaftsforschung bei Firmen der Bauindustrie für das Jahr 1960 werden Werbungsaufwendungen nicht einmal gesondert ausgewiesen oder namentlich erwähnt¹⁾.

Der durch die Gesamtheit dieser betriebswirtschaftlichen Merkmale eines Bereitschaftsgewerbes im allgemeinen und der Bauwirtschaft im besonderen skizzierte Aktionsspielraum der Bauunternehmen steckt den Rahmen ab, innerhalb dessen die Entfaltung wettbewerblicher Marktprozesse und gerade auch die Rationalität des Prozeßablaufes durch unternehmerische Entscheidungen der Baufirmen beeinflußt wird.

Es muß jedoch festgestellt werden, daß die Charakterisierung der Bauwirtschaft als Bereitschaftsgewerbe, in dem die Einzelfertigung vorherrscht, tendenziell immer unzutreffender werden dürfte. Sowohl die Produktion für den anonymen Markt als auch die industrielle Fertigung setzen sich in diesem Wirtschaftssektor zunehmend durch. Damit hebt sich dann auch die derzeit allerdings noch zutreffende Rollenverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer auf. Einige Vorschläge, wie die Rolle der Bauunternehmen aktiver gestaltet werden könnte, werden im Teil 5 diskutiert, in dem die hier dargelegten Gedanken nochmals aufgegriffen werden.

2.2.4 Die Marktstellung der Planer

Besonders bei komplexen Vorhaben stellen sich die Marktbeziehungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer nicht

1) Vgl. Kostenstruktur und Preisentwicklung, a.a.O., Zahlenteil, Tabelle 6.

ganz so einfach dar, wie aufgrund der vorstehenden Ausführungen angenommen werden könnte, denn tatsächlich wird der Auftraggeber bei solchen Bauvorhaben mit einer Vielzahl von Marktpartnern konfrontiert. Das kann in extremen Fällen bedeuten, daß dem Auftraggeber allein im Planungsbereich zwanzig bis dreißig Fachplaner gegenüberstehen¹⁾.

Wenn freie Planungsträger in die Marktbeziehungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zwischengeschaltet werden, so wird durch die institutionelle Verselbständigung von Planungsaufgaben zugleich das weiter oben skizzierte Verhältnis von Planung und Ausführung modifiziert.

Zu den Aufgaben, die in diesem Zusammenhang von den Planern übernommen werden, zählen:

- " - Planungsvorbereitung durch Mithilfe bei der Formulierung der Nutzungsanforderungen zur Findung der besten Lösung . . .
- Funktions-, Konstruktions- und z.T. auch Fertigungsplanung eines diesen Anforderungen entsprechenden Bauwerkes mit möglichst günstiger Kosten-Nutzen-Relation
- Koordinierung und Interessenausgleich der verschiedenen Fachplaner
- Koordinierung und Interessenausgleich der verschiedenen Fachunternehmer
- Übernahme der örtlichen Bauleitung
- Kontrolle der erstellten Leistungen und Abrechnungen²⁾".

In Anbetracht des Umfangs und der Tragweite dieser Aufgaben wird man nur vordergründig von einer Delegation bestimmter Planungsaufgaben vom Nachfrager auf einen selbstständigen Planungsträger sprechen können, zumal dieses

1) Vgl. Enquete, a.a.O., S.1181.

2) Ebenda, a.a.O., S.1183.

Funktionenbündel im wesentlichen diejenigen Entscheidungsbefugnisse umfaßt, vermittels derer die dominierende Marktstellung des Nachfragers begründet wurde.

Das markttheoretische Interesse gilt deshalb der Frage, wie das Kräftespiel von Anbietern und Nachfragern am Markt für Bauleistungen durch die Aktivität selbständiger Planungsträger beeinflußt wird und welche Interessenlage dadurch geschaffen wird. Für die Beziehungen zwischen Nachfragern und Planern scheinen dabei die folgenden Gesichtspunkte charakteristisch zu sein. Das Streben des Planers nach künstlerischer Selbstverwirklichung, das in der kreativen Arbeit z.B. der Architekten und Ingenieure verankert ist, kann dem Interesse des Auftraggebers an einer kostengünstigen und rationellen Problemlösung zuwiderlaufen. Wenn dieser latent vorhandene Konflikt dadurch aktualisiert wird, daß die Vergütung für die Planer an solche Bemessungsgrundlagen anknüpft wie die Baukostensumme, so wird das Bauherreninteresse, das als ein Interesse an kostengünstigen und rationellen Problemlösungen verstanden werden soll, in dem Maße durch die Planer pervertiert werden können, in dem diese die Wahrnehmung eigener materieller Interessen in den Vordergrund stellen¹⁾.

Andererseits verschafft sich der Nachfrager die Möglichkeit, das gesamte informatorische Potential des Marktes für die Lösung der Planungsaufgaben nutzbar zu machen, wenn er diese Lösung z.B. im Rahmen eines Architekturwettbewerbs zu finden sucht.

Dies zeigt, daß man die Marktstellung der Planer nicht richtig erfaßt, wenn man sie lediglich als Treuhänder des Auftraggebers versteht. Die zwischen dem Auftraggeber und dem Planer bestehenden Zielkonflikte und die dem Planer gegebenen Möglichkeiten zur Verwirklichung seiner Zielvorstellungen sprechen vielmehr für die Auffassung, daß die Planer neben Anbietern und Nachfragern eine dritte Kraft

1) Dieser Aspekt wird in der Enquete, a.a.O., S.1185, angesprochen.

darstellen, die erheblichen Einfluß auf die Rationalität bauwirtschaftlicher Marktprozesse und hier insbesondere auf die Einführung technischer Fortschritte hat. In diesem Sinne stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Einschaltung selbständiger Planungskräfte in die Marktbeziehungen zwischen Bauunternehmen und Auftraggebern positive Wettbewerbswirkungen haben kann. Diese Frage wird in Teil 5 der Arbeit aufgegriffen werden.

2.3 Ausmaß der Vermachtung der Nachfrageseite des Baumarktes

Wenn der Markt im Sinne wirksamer Wettbewerbsbeziehungen in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt ist, kann Marktmacht, soweit sie überhaupt durch Merkmale der Marktstruktur erfaßt werden kann, nach Maßgabe des Marktanteils eines Marktteilnehmers bestimmt werden. Demnach setzen Aussagen über das Ausmaß der Vermachtung der Nachfrageseite des Baumarktes eine Konzeption zur Bestimmung relevanter (wirksamer) Wettbewerbsbeziehungen sowie Kenntnisse der Struktur dieses Marktes, insbesondere der Nachfrageseite, voraus. Im Falle öffentlicher Auftraggeber bekommt man das Machtproblem allein mit einem solchen quantitativen Ansatz jedoch nicht in den Griff. Wenn man berücksichtigt, daß öffentliche Auftraggeber zugleich auch Verordnungsgeber sein können, kann das Ausmaß der Vermachtung der Nachfrageseite des Baumarktes durch öffentliche Auftraggeber hinreichend nur dann bestimmt werden, wenn man die Verordnungstätigkeit als einen möglichen Machtfaktor in die Betrachtung einbezieht. In diesem Sinne ist das folgende Kapitel aufgebaut worden.

2.3.1 Vorgehensweise und Probleme bei der Abgrenzung des Marktes in bauwirtschaftlichen Marktprozessen

Dadurch, daß die Nachfrager in bauwirtschaftlichen Marktprozessen ihren Präferenzen aufgrund der spezifischen Rollenverteilung unmittelbar Form und Gestalt geben, weisen Bauleistungen, selbst wenn sie zur Erfüllung der gleichen Funktionen geeignet sind, einen Grad an Heterogenität auf,

der eine sachliche Abgrenzung des Marktes für Bauleistungen mitunter erschwert¹⁾.

Die Heterogenisierung des bauwirtschaftlichen Leistungsprogramms wird außerdem durch folgende Sachverhalte begünstigt. Die eine Gruppe von Sachverhalten läßt sich auf die Bedingungen bauwirtschaftlicher Leistungserstellung zurückführen. Dabei wird der Einfluß der Bodenbeschaffenheit und der Witterungsverhältnisse in der Literatur besonders hervorgehoben²⁾. Auch wenn Bauobjekte von ihrer konstruktionsmäßigen Konzeption als homogen betrachtet werden könnten, sind z.B. in der Bodenbeschaffenheit und den unter Umständen daraus folgenden Restriktionen für die Montage und/oder die Einsetzbarkeit schwergewichtigen Baugeräts oder für die Anwendung bestimmter Arbeits- und Fertigungsverfahren die Ursachen für eine Heterogenisierung vorgezeichnet. Weil andererseits ein Marktpreis im herkömmlichen Sinne für Bauleistungen nicht existiert, sondern i.d.R. unter den jeweiligen Bedingungen von Angebot und Nachfrage ein nur für einen Auftrag gültiger Preis zustandekommt³⁾ und zudem angenommen werden kann, daß jeder Auftraggeber sein Bauvorhaben so plant, daß es für ihn nicht mehr substituierbar ist⁴⁾, ist in bezug auf die sachliche Differenzierung des Marktes für Bauleistungen die Konzeption des objektbezogenen Teilmarktes entwickelt worden⁵⁾, wonach allein schon das Angebot und die Nachfrage für jedes einzelne Bauvorhaben einen objektbezogenen Teilmarkt bildet, auch wenn dieser nur vorübergehend existiert.

1) Vgl. Pfeiffer, K. - Die Voraussetzungen für eine Stabilisierung des Baumarktes, in: Die Bauwirtschaft, Heft 20, 1962, S.507.

2) Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.111 ff.

3) Vgl. Barnikel, H.-H. - Die Abgrenzung des relevanten Marktes, in: Wirtschaft und Wettbewerb, Heft 4 1961, S.251. Listenpreise sind eher die Ausnahme.

4) Ebenda.

5) Vgl. Prange, H. - Rationalisierung im Baugeschehen - aus der Sicht der Wirtschaft, in: Die Bauwirtschaft, Heft 31 1962, S.791.

Ein wenn auch nicht vom Ansatz, so doch vom Ergebnis her ähnlicher Versuch der Marktabgrenzung wird in der "Enquete über die Bauwirtschaft" unternommen. Dort wird die Ansicht vertreten, daß der Baumarkt ein Konglomerat aus Teil- und Elementarmärkten sei, wobei die Elementarmärkte als Wettbewerbsveranstaltungen für die Ausführung der einzelnen baulichen Anlage definiert sind¹⁾.

Der Elementarmarkt bzw. der objektbezogene Teilmarkt scheinen allerdings als Bezugspunkt wettbewerbspolitischer Fragestellungen indes wenig tauglich zu sein. Wäre nämlich der Elementarmarkt der Markt, auf den die Betrachtung abstellen würde, so hätten alle Nachfrager bei einer morphologischen Charakterisierung der Nachfrageseite eine Monopolstellung inne. Ein solches Nachfragemonopol würde sich jedoch lediglich auf einer gewissen Eigenheit baumarktspezifischer Angebotsbeziehung gründen, und es wäre wenig sinnvoll, in diesem Zusammenhang von einem Nachfragemonopol zu sprechen²⁾.

Die Autoren, die bei der Marktabgrenzung den Elementarmarkt bzw. den objektbezogenen Teilmarkt postulieren, verkennen, daß solche Märkte nicht beziehungslos nebeneinander stehen. Darüber hinaus - und dies gilt insbesondere für das Konzept des objektbezogenen Teilmarktes - mußte entsprechend dem damaligen Wissensstand als bekannt vorausgesetzt werden können, daß die Substituierbarkeit sich kaum auf eine Ware beziehen kann, die nur in den Planungen der Nachfrager existiert, daß wohl aber die den Bau ausführende Firma durch jede andere ersetzt werden kann, die den Auftrag ebenfalls auszuführen imstande ist³⁾. Eine Konzeption zur sachlichen Abgrenzung von

1) Vgl. Enquete, a.a.O., S.1040.

2) Wie absurd eine solche Vorgehensweise mitunter sein könnte, wird im Falle des Bauherrn aktuell, der in seinem Leben nur einmal in einen bauwirtschaftlichen Marktprozeß eingreift und bei der Wahl des Auftragnehmers für den Bau seines Eigenheims eine Ausschreibung anwenden würde.

3) Vgl. Barnikel, H.-H., a.a.O., S.250.

Märkten in bauwirtschaftlichen Marktprozessen hat diesbezüglich zu berücksichtigen, daß der Umfang eines solchen Marktes primär davon abhängt, wie die "fertigungstechnische Elastizität"¹⁾ bzw. die "Produktionsflexibilität"²⁾ auf der Anbieterseite ausgeprägt sind. D.h., daß von der Angebotsseite aus betrachtet diesem Markt all jene Unternehmen zuzurechnen sind, die aufgrund ihrer technischen und wirtschaftlichen Ausstattung die Fähigkeit besitzen, die gleichen Bauvorhaben auszuführen.

Wie die Untersuchung der "Enquete-Kommission" zeigt, kann gerade auf den hier näher betrachteten Märkten des Hoch- und Tiefbaus nicht mehr angenommen werden, daß die Bausparte (z.B. Straßenbau etc.) mit ihren jeweils ganz spezifischen Anforderungen an die fertigungstechnische und wirtschaftliche Kapazität der Anbieter zugleich den Rahmen absteckt, innerhalb dessen ein Bauunternehmen in der Lage ist, sein Leistungsprogramm zu diversifizieren. Dafür spricht, daß nahezu die Hälfte der vom Bauhauptgewerbe getätigten Umsätze von solchen Unternehmen erzielt werden, die keinen erkennbaren Schwerpunkt in einer bestimmten Bausparte aufweisen³⁾. Nur für die kleinen Unternehmen mit bis zu 49 Beschäftigten scheint es demnach noch zuzutreffen, daß ihr sachlicher Aktionsradius mit einer Bausparte identifiziert werden kann, wenngleich durch Willkür bei der statischen Erhebung - einer Sparte wird ein Unternehmen auch dann schon zugeordnet, wenn nur 40% seines Umsatzes in diese Sparte fallen und der Rest sich jeweils zu 20% auf andere Sparten verteilt -

1) Zu diesem Begriff vgl. Gutenberg, E. - Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 1.Bd., 18.Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1971, S.81.

2) Vgl. Hoppmann, E. - Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF 48, Berlin 1968, S.11.

3) Vgl. Tabelle Nr.1.

dieser Eindruck begünstigt wird. Unternehmen dieser Beschäftigtengrößenklassen tragen nämlich nur 8% zu dem Umsatz des "Hoch-, Tief- und Ingenieurbaus (ohne erkennbare Schwerpunkte)" bei. Geht man davon aus, daß die zahlenmäßige Verteilung der Unternehmen auf die einzelnen Beschäftigtengrößenklassen nicht allzu stark von der in Tabelle Nr. 1 zugrundegelegten Verteilung der Umsätze abweicht, so würden die meisten Unternehmen dieser Größenklassen einer Bauparte mit Schwerpunkt zuzurechnen sein.

Tabelle Nr. 1: Umsätze in den Unternehmen des Bauhauptgewerbes nach Zweigen und Beschäftigtengrößenklassen in Prozent des Gesamtumsatzes des Zweiges (1969)¹⁾

Wirtschaftszweig	Umsatz	Unternehmen mitBeschäftigten					
		1-19	20-49	50-99	100-199	200-499	500 u. mehr
	Mio DM	%	%	%	%	%	%
Bauhauptgewerbe	52.064	17	15,3	14,4	10,3	13,8	26,2
Hoch-,Tief-u.Ingenieurbau(ohne) Schwerpunkte	18.046	2	6	9,8	12,7	15,7	53,8
Hoch-u.Ingenieurhochbauten	14.405	24,4	27,4	19,6	12,8	9	6,5
Tief-u.Ingenieurtiefbauten	4.594	11,6	17,4	19	18,7	18,6	14,7
Straßenbau	6.478	5,6	12,6	20,4	22,7	26,9	11,8
Schornstein-u.Industrieofenbau	816	6,3	4,7	8,1	10,7	12	58,2
Dämmung und Abdichtung	1.268	20,2	13,9	10	7	7,7	41,2
Brunnenbau und Tiefbohrung	273	15,7	17,3	9,9	12	44,9	
Abbruch,Sprenggewerbe	185	45,4	30,8	8,1	15,7		
Stukkateur-,Gipser- und Verputzergewerbe	1.469	58,3	23,2	12,7	5,8		
Zimmerei und Ingenieurholzbau	1.859	74,3	16,9	4,6	4,2		
Dachdeckerei	1.772	72,8	16,6	5,3	5,3		

1) Errechnet aus: Stat. Bundesamt: I Betriebe u. II Unternehmen. Der Umsatz des jeweiligen Zweiges wurde aus der Summe der Umsätze der Betriebe mit 1-19 Beschäftigten (I Betriebe, 1970, S.13) u. den Umsätzen der Unternehmen (II Unternehmen 1969, S.4ff) errechnet.

Quelle: Enquete, a.a.O., S.763.

Wenn man einen Markt durch die Anbieter- und Nachfragerkreise repräsentiert sieht, zwischen denen hinreichend wirksame Marktbeziehungen bestehen und bestehen könnten¹⁾, so scheinen in Anbetracht der breiten Leistungsstruktur der Anbieter weniger sachliche als räumliche Kriterien für die Wirksamkeit dieser Marktbeziehungen maßgeblich zu sein. Dies liegt, wie bereits erwähnt wurde, hauptsächlich daran, daß in bauwirtschaftlichen Marktprozessen die Nachfrage einerseits örtlich fixiert ist und andererseits der Mobilität der Anbieter ökonomische Grenzen gesetzt sind. Weil die Konkurrenzfähigkeit eines Bauunternehmens mit zunehmender Entfernung von der Baustelle abnimmt, sind einem Markt aus diesem Grunde in erster Linie diejenigen Unternehmer zuzurechnen, deren räumliche Wirkungsbereiche sich überschneiden²⁾.

Der räumliche Wirkungsbereich ist naturgemäß für die einzelnen Unternehmen unterschiedlich. Zur näheren Bestimmung des räumlichen Wirkungsbereiches kann auf eine Erhebung des Ifo-Instituts für Wirtschaftsforschung zurückgegriffen werden. Danach führt die Berücksichtigung räumlich maßgeblicher Kriterien zu einer Untergliederung des Marktes für Bauleistungen in regionale Teilmärkte, wobei jeweils das Bundesland mit dem Wirkungsbereich der Unternehmen identisch ist. Aus Schaubild Nr.4 kann gefolgert werden, daß nur ca.10% der Umsätze auf solche Marktbeziehungen entfallen, die über die Landesgrenzen hinweg bestehen³⁾.

1) Vgl. Geisbüsch, H.-G. - Die organisierte Nachfrage, Köln-Berlin-Bonn-München 1964, S.20

2) Vgl. Barnikel, H.-H., a.a.O. S.251.

3) Vgl. Schaubild Nr.4. Entnommen aus: Enquete über die Bauwirtschaft, a.a.O., S.656.

Schaubild Nr. 4: Entfernung der Baustellen vom Stammsitz der Firmen¹⁾

- Bundesgebiet und Berlin West -

	Bauindustrie in vH des Umsatzes			Bauhandwerk in vH des Umsatzes			Bauindustrie und Bauhandwerk zusammen	
	1959	1960	1965 1971	1959	1960	1965 1971	1959	1960 1965 1971
Von unseren Umsätzen im Jahre								
entfielen auf Baustellen im eigenen Stadt- oder Landkreis	57	55	43 55	85	84	76 79	74	72 62 69
in anderen Kreisen, doch im eigenen Bundesland etwa	36	35	44 37	14	15	23 19	23	23 32 27
in anderen Bundesländern etwa	7	9	12 8	1	1	1 2	3	4 5,5 4
im Ausland etwa	-	1	1 -	-	-	- -	-	1 0,5 -

1) Die Fragen waren nur von der Hauptstelle, nicht von den Niederlassungen zu beantworten. Quelle: Ifo-Konjunkturtest.

Es ist allerdings zu bedenken, daß diese Erhebung in ihrer Aussagekraft dadurch gemindert wird, daß sie den räumlichen Wirkungsbereich lediglich in Umsatzanteilen widerspiegelt und damit keine weiteren Aufschlüsse über eine Abgrenzung des Marktes in sachlicher Hinsicht vermitteln kann. So wäre es von Interesse zu wissen, ob die über die Ländergrenzen hinweg bestehenden Marktbeziehungen vornehmlich eine bauwirtschaftliche Form des "kleinen Grenzverkehrs" repräsentieren oder ob dieser Umsatzanteil die quantitative Relevanz bundesweiter Märkte für Großprojekte ausdrückt.

Andererseits gibt es auch Unternehmen, deren Wirkungsbereich sogar jeweils nur auf den Kreis begrenzt ist, in dem sie ansässig sind. Der relativ hohe Durchschnittswert für solche Umsätze, die im eigenen Stadt- oder Landkreis getätigt werden, läßt sogar vermuten, daß die Zahl dieser Unternehmen nicht gering ist. Wenn es zutreffen würde, daß diese Unternehmen zudem überwiegend jene Art Baubedarf (Städtischer Straßenbau; Reparatur- und Ausbaurbeiten) befriedigen, der für Unternehmen ab einer bestimmten Mindestgröße nicht lukrativ ist, könnte ein relevanter Markt für solchen Baubedarf demnach räumlich noch enger gefaßt werden.

Was die Möglichkeit einer allgemein gültigen sachlichen und räumlichen Abgrenzung des Marktes für Bauleistungen angeht, so kann in letzter Konsequenz nur von Fall zu Fall entschieden werden, wie weit bzw. eng der Markt jeweils zu fassen ist. Gleichwohl sind die vorstehend gewonnenen Ergebnisse, daß

- 1.) relevante Marktbeziehungen im Durchschnitt der Fälle jeweils nur innerhalb der Landesgrenzen bestehen und
- 2.) infolge der stark diversifizierten Angebotsstruktur der Bauunternehmen eine sachliche Untergliederung des Marktes für Bauleistungen in Spartenmärkte überkommen ist,

richtungsweisend für eine Abgrenzung wirksamer Marktbeziehungen. Um einige strukturelle Aspekte der Nachfrage nach Bauleistungen aufzuzeigen, kann deshalb auf den hier entwickelten Ergebnissen über die sachliche und räumliche Abgrenzung des Marktes für Bauleistungen aufgebaut werden, zumal die aufgezeigten Einschränkungen primär die Markt-abgrenzung von der Angebotsseite aus betreffen.

2.3.2 Marktstrukturelle Merkmale der Nachfrage nach Bauleistungen

a) Bemerkungen zur Erhebungstechnik

Um für den Ausschnitt des Marktes für Bauleistungen, der in dieser Arbeit näher betrachtet werden soll, einige strukturelle Aspekte der Nachfrage nach Bauleistungen aufzuzeigen, empfiehlt es sich, von der systematischen Gliederung der Bauwirtschaft auszugehen. Die Gliederung der Bauwirtschaft nach der "Systematik der Wirtschaftszweige" kann, wie der hier wiedergegebene Auszug zeigt, für eine sachliche Differenzierung der Nachfrage nach Bauleistungen nutzbar gemacht werden.

Danach werden der Gruppe 300 Hoch- und Tiefbau folgende Untergruppen und Klassen mit den entsprechenden Ausführungsarbeiten zugeordnet:

Schaubild Nr.5: Gliederung der Bauwirtschaft ¹⁾

Nr.der Grundsy- stematik	Bezeichnung der Gruppen, Untergruppen und Klassen Betriebs-u.ä.Benennungen
30 0	<u>Hoch-und Tiefbau</u>
30 00	<u>Hoch-,Tief-und Ingenieurbau</u> ⁺⁾
	Hoch-,Tief-und Ingenieurbau Unterhaltungsarbeiten Reparatur von Hoch-,Tief-u. an Hoch-,Tief-u.In- Ingenieurbauten genieurbauten
30 04	<u>Hoch-und Ingenieurhochbau</u>
	Betonbau Reparatur von Hoch-u. Hochbau Ingenieurhochbauten
	Industriebau(nicht SpezialbauSilobau
	der Gruppe 30 2) Stahlbetonbau
	Ingenieurhochbau unterhaltungsarbeiten
	Mauerei(nicht Spezialbau an Hoch-u.Ingenieur- der Gruppe 30 2) Hochbauten, Zementdek- ken-u.fußbodenbau
30 07	<u>Tief-u.Ingenieurtiefbau</u>
30 07 0	<u>Tief-u.Ingenieurtiefbau</u>
	<u>(ohne Straßen)</u>
	Abräumarbeiten (nicht berg- Kanalisationsbau bauliche) Landeskulturbau
	Baggerei (Naß-u.Trocken-, Meliorationen nicht Kies-u.Sandgewinnung) Naßbaggerei(nicht Kies- u.Sandgewinnung)
	Betonbau Planiererei(nicht Straßenbau)
	Bewässerungsanlagenbau Reparatur von Tief-u. Brückenbau Ingenieurtiefbauten
	Deichbau Rohrlegerei
	Drainierarbeiten Schleusenbau
	Eisenbahnoberbau Stahlbetonbau
	Entwässerungsanlagenbau Strombau
	Erdbau Talsperrenbau
	Flußbau Tiefbau
	Gleisoberbau Trockenbaggerei(nicht Hafenbau Kies-u.Sandgewinnung)
	Industriebau(nicht Spezial- Tunnelbau bau der Gruppe 30 2) uferbau
	Ingenieurtiefbau Untergrundbahnbau
	Kabelverlegerei Wasserbau
	Kanalbau
30 07 5	<u>Straßenbau</u>
	Autobahnbau Steinsetzerei
	Befestigungsarbeiten Straßenbau
	Bituminöser Straßenbau Unterbauarbeiten
	Pflasterei Wegebau
	Planumvorbereitungen Zementbetonstraßenbau
	Reparatur von Straßen
	u. Wegen

⁺⁾ Ohne ausgeprägten Schwerpunkt

1) Quelle: Statistisches Bundesamt(Hrsg.) - Systematik der Wirtschaftszweige, a.a.O., S.101.

Aufbauend auf diesem Klassifizierungsschema werden folgende Bausparten unterschieden¹⁾:

Wohnungsbau

Industriebau und gewerblicher Hochbau

Wasserstraßenbau

wasserwirtschaftlicher Tiefbau

Brückenbau

Straßenbau

Die ungleichgewichtige Berücksichtigung von Hochbausparten im Verhältnis zu Tiefbausparten in dieser Arbeit steht, wie Schaubild Nr.6 zeigt, im Gegensatz zur wirtschaftlichen Bedeutung des Hochbaus und ist lediglich als Ausdruck eines besonderen statistischen Interesses am Tiefbau zu verstehen.

b) Öffentliche Nachfrage nach Hochbauleistungen

Soweit die statistischen Voraussetzungen dazu gegeben sind, soll des weiteren versucht werden, jeweils zu diesen Bausparten Strukturmerkmale der Nachfrage darzustellen.

Von der Nachfrageseite aus betrachtet, verteilen sich die Umsätze folgendermaßen auf den Hochbau und Tiefbau²⁾:

Schaubild Nr. 6: Anteile der Bauarten in vH
(linearer Maßstab)

1) Die Untergliederung in Spartenmärkte ist in Hinblick auf die Struktur der Nachfrage nach Bauleistungen sinnvoll, da sie, wie man sieht, an bestimmte Nachfragergruppen anknüpft.

2) Vgl. Ifo- Institut für Wirtschaftsforschung (Herausgeber) - Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.34.

Schaubild Nr. 6 : Anteile der Bauarten in vH
(linearer Maßstab)

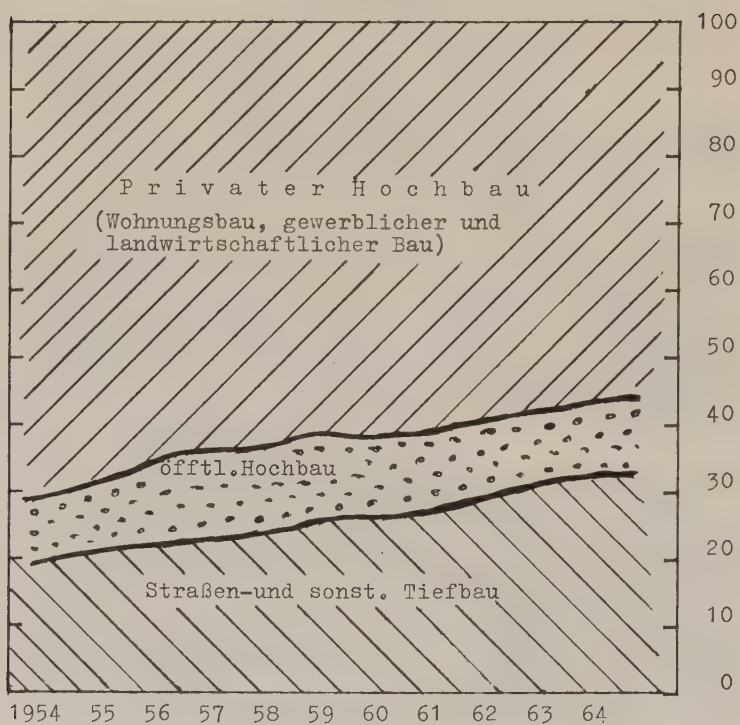


Schaubild Nr. 6 zeigt, daß die öffentliche Nachfrage nach Hochbauleistungen im Verhältnis sowohl zum privaten Hochbau als auch zur Nachfrage nach Straßen- und Tiefbauleistungen gering ist. Trotz der Strukturverschiebungen in der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen im Beobachtungszeitraum, die sich in der vergleichsweise hohen Zunahme der Nachfrage nach Straßen- und Tiefbauleistungen niederschlagen¹⁾, ist dabei der Anteil der öffentlichen Nachfrage nach Hochbauleistungen an der gesamten Nachfrage nach Hochbauleistungen relativ konstant geblieben. Unter Berücksichtigung aktueller Zahlenwerte ergeben sich die nachstehenden Anteile:

Tabelle Nr. 2:

Anteil des öffentlichen Hochbaus am gesamten Hochbauvolumen, 1960 - 1971, in vH.

1960	=	12,8
1961	=	13,1
1962	=	13,9
1963	=	15,0
1964	=	15,8
1965	=	15,3
1966	=	14,7
1967	=	14,7
1968	=	14,4
1969	=	15,1
1970	=	15,7
1971	=	14,1

Ø 1960 - 71 = 14,6

Quelle: Unveröffentlichte Berechnungen des D I W
(vgl. Enquete, a.a.O., S.346)

Tabelle Nr. 2 zeigt, daß sich der Marktanteil öffentlicher Nachfrager in diesem Bausektor durchschnittlich um

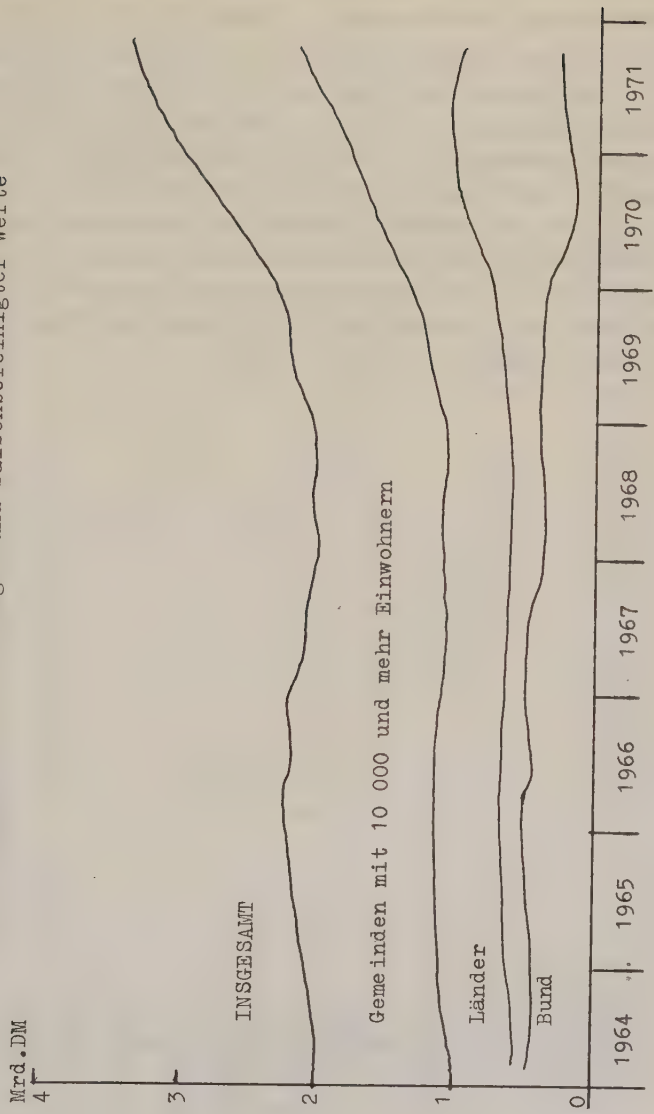
1) Es wird hierbei von der realistischen Annahme ausgegangen, daß Straßen- und Tiefbauleistungen ausschließlich von öffentlichen Auftraggebern nachgefragt werden.

15% bewegt. Damit wird zugleich ersichtlich, daß der Schwerpunkt der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen eindeutig im Tiefbau liegt, denn nur dadurch ist es zu erklären, daß der Anteil der öffentlichen Nachfrage an der Gesamtnachfrage nach Bauleistungen annähernd 50 v.H. beträgt.

Leider liegen zusätzliche Informationen über den Hochbau-sektor, die neben der globalen Marktanteilsbestimmung noch andere Strukturmerkmale der öffentlichen Nachfrage sichtbar werden lassen, nicht vor. Rückschlüsse über die Verteilung dieses Marktanteils auf die einzelnen Haushaltsebenen müßten aus dem Schaubild Nr. 7 abgeleitet werden. Allerdings sind hier als Bezugsgröße neben den Ausgaben der Gebietskörperschaften im Hochbau auch noch bestimmte Tiefbauausgaben berücksichtigt worden, die eine Interpretation dieser Grafik erschweren.

Schaubild Nr. 7: Bausausgaben der Gebietskörperschaften
im Hochbau und sonstigen Tiefbau

Glatte Komponente witterungs- und saisonbereinigter Werte



c) Öffentliche Nachfrage nach Tiefbauleistungen

Für den Bereich des Tiefbaus (einschließlich Straßenbau) sind die statistischen Möglichkeiten zur Darstellung struktureller Aspekte schon weitaus besser.

Wenn zur Vereinfachung der Darstellung davon abstrahiert wird, daß auch private Auftraggeber eine Nachfrage nach Tiefbauleistungen entfalten - die Nachfrage dieser Institutionen beläuft sich lediglich auf annähernd 10 v.H. der gesamten Nachfrage nach Tiefbauleistungen¹⁾ - und unterstellt wird, daß ausschließlich eine öffentliche Nachfrage nach solchen Bauleistungen besteht, ergibt sich in den Sparten des Tiefbausektors folgende Nachfragestruktur, die gleichsam als Struktur der öffentlichen Nachfrage nach Tiefbauleistungen betrachtet werden kann.

1) Die privaten Auftraggeber entstammen dem Unternehmenssektor. Sachliche Schwerpunkte der nicht-öffentlichen Nachfrage nach Tiefbauleistungen liegen im Industriebau sowie auch im Straßen- und Wegebau.

Tabelle 2:

Auftragsvergaben der öffentlichen Hand¹⁾ nach Tiefbausparten

Tiefbausparten	1 9 7 1			1 9 7 2		
	Auftrags- vergaben	Betrag in Mill.DM	Anteil der Sparte am Tiefbau	Auftrags- vergaben	Betrag in Mill.DM	Anteil der Sparte am Tiefbau
Straßenbau	16 600	4.400	42%	18 703	5.805	45,3%
Straßenbrück- kenbau	1 662	1.230	11,8%	2 290	1.618	12,7%
Bundeswasser- Str. und Häfen	665	482	4,7%	745	452	3,7%
Wasserwirtschaft- liche Tiefbauten	9 138	2.541	24,3%	9 289	2.544	20%
Sonstige		1.831	17,2%		2.436	18,3%
		10.484	100%		12.855	100%

Quelle: Wirtschaft und Statistik 1972 S.152*
1973 S.139*

1) Es ist zu berücksichtigen, daß gemäß Erläuterung 3) zu Tabelle Nr.6 die Tabellen Nr. 3-6 sich ebenfalls, wenn auch in vernachlässigenswertem Umfang - vergleiche Tabelle Nr.6 - auf solche Auftragnehmer bezieht, die in der dieser Arbeit zugrundeliegenden Definition öffentlicher Auftraggeber nicht enthalten sind.

Tabelle Nr.3 zeigt, daß die Schwerpunkte der öffentlichen Aufträge im Tiefbausektor bei den Straßenbauten sowie bei den wasserwirtschaftlichen Tiefbauten liegen.

Bereitet man die von der öffentlichen Hand vergebenen Tiefbauaufträge danach auf, wie sie sich auf die einzelnen Bundesländer verteilen, so ergibt sich folgendes Bild für die räumliche Konzentration von Tiefbauvorhaben, die durch die umsatzmäßigen Auftragswerte je Einwohner widerspiegelt wird.

Tabelle 4:
Auftragswerte für Tiefbauten in den Ländern
je Einwohner

L a n d	Erfasste Auftragsvergaben insgesamt ¹⁾			
	1971 1972		1971 1972	
	Mill. DM		je Einwohner in DM	
Schlesw.-Holstein	540.9	539.2	214	211
Hamburg	348.5	346.7	195	195
Niedersachsen	1 544.8	1 705.9	216	237
Bremen	183.7	170.7	249	232
Nordrhein-Westf.	2 774.8	3 538.6	163	206
Hessen	1 226.8	1 364.6	225	248
Rheinland-Pfalz	636.8	1 093.5	174	297
Baden-Württemberg	1 691.0	2 309.6	187	253
Bayern	1 482.6	1 565.1	139	146
Saarland	222.8	308.4	199	275
Berlin (West)	302.6	526.8	144	254
Bundesgebiet	10 955.3	13 469.1	179	218

Quelle: Wirtschaft und Statistik 1973, S.139*

1) Einschl. des vom Bauherrn gestellten Materials.

Tabelle Nr.4 zeigt in diesem Zusammenhang zugleich, wie erheblich sich strukturelle Merkmale der öffentlichen Nachfrage bereits von einem Haushaltsjahr zum anderen verändern können.

d) Institutionelle Aspekte der öffentlichen Nachfrage nach Tiefbauleistungen

Die Darstellung über die Verteilung der Tiefbauausgaben nach Haushaltsebenen und sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts muß in Zusammenhang damit gesehen werden, daß in den Erhebungen des Statistischen Bundesamtes nur die Gemeinden mit mehr als 5000 Einwohnern und nur solche Aufträge mit einem Wert von mehr als DM 25000.-- berücksichtigt worden sind.

Tabelle 5:

Auftragsvergaben im Tiefbau nach Haushaltsebenen 1972

	Auftragsvergaben	Betrag in Mill.DM	v.H.
Bund	14 946	5.321	41,4
Länder	5 160	1.468	11,4
Gemeinden	17 932	4.435	34,5
Sonstige		1.631	12,7
		12.855	100

Quelle: Wirtschaft und Statistik 1973 S.139*

Wie Tabelle Nr.5 ausweist, ist der Einfluß der Bundesländer im Verhältnis zur Bundes- und kommunalen Nachfrage demnach merklich gering.

Gliedert man die nach Wertgrößenklassen gestaffelte Nachfrage nach Tiefbauleistungen wiederum nach Haushaltsebenen auf, so läßt die sich daraus ergebende Verteilung in der Tendenz eine Konzentration von Großaufträgen beim

Bund erkennen, während die an anderer Stelle geäußerte Vermutung, daß Kleinaufträge besonders im kommunalen Bereich eine gewichtige Rolle spielen¹⁾, durch Tabelle Nr.6 nicht bestätigt werden kann.

1) Vgl. S.50.

Tabelle 6:

Auftragsvergaben der öffentlichen Hand für Tiefbauten nach Wertgrößeklassen 1972

B a u h e r r	Auftrags- vergaben insges. 1)	Davon mit einem Auftragswert von ..DM bis unter .. DM					
		unter 50 000	50 000 bis 100 000	100 000 bis 300 000	300 000 bis 500 000	500 000 bis 1 Mill.	1 Million bis 20 Mill. und mehr
Betrag Mill. DM							
Insgesamt.....	12 855	3,3	5,8	16,4	10,8	14,8	41,9
Bund.....	5 321	3,1	5,2	11,7	6,7	10,7	51,4
Länder	1 468	3,3	5,4	17,9	12,5	17,7	41,0
Gemeinden 2)	4 435	3,6	6,6	20,8	14,1	17,6	32,7
Gemeindeverbände	942	2,5	5,9	20,5	17,0	20,7	33,4
Sonst. jur. Perso- nen d. öff. Rechts	689	3,6	6,6	15,1	9,8	14,3	41,5
							7,0
							11,2
							2,2
							4,6
							-, -
							9,1

Quelle: Wirtschaft und Statistik 1973 S.139*

1) Ohne das vom Bauherrn gestellte Material.

2) Mit 5000 und mehr Bewohnern.

3) Einschl. juristischer Personen des privaten Rechts, an denen die öffentliche Hand maßgebend beteiligt ist.

Die Struktur der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen kann im Hinblick auf die Stellen, von denen die öffentlichen Aufträge letztlich vergeben werden, sogar noch differenzierter dargestellt werden. So sind der Tabelle Nr. 7 zufolge als auftragsvergebende Stellen der öffentlichen Hand beispielsweise in Baden-Württemberg die nachstehenden Bundes-, Landes- und Kommunal-Bauämter vorhanden.

Tabelle 7:

Verzeichnis der öffentlichen Auftraggeber in
B a d e n - W ü r t t e m b e r g ¹⁾

34	Autobahn- und Straßenbauämter	
40	Staatliche Hochbauämter,	
	davon 12 für Bundesbauaufgaben	
	28 für Landesbauaufgaben	
8	Universitätsbauämter	
3	selbständige Staatliche Hochbauleitungen	
6	Wasser- und Schifffahrtsämter (des Bundes)	
4	Oberpostdirektionen	
24	Baudienststellen der Deutschen Bundesbahn	
23	Wasserwirtschaftsämter	
271	Städte, davon mit getrennten (zusätzlich zu zählenden)	
	Hoch- und Tiefbauämtern	52
	Garten- /Friedhofsämtern	12
	Hafenverwaltungen	2
	Stadtwerken	71
231	Gemeindebauämter	
63	Kreisbauämter.	

Allerdings ist es beim derzeitigen Aufbau der amtlichen Baustatistiken nicht möglich, das vorhandene Zahlenmaterial auf diese Auftraggeber hin auszuwerten.

1) Entnommen aus: Enquete, a.a.O., S.1034.

2.3.3 Morphologische Einordnung der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen

Auf der Grundlage des im vorstehenden Abschnitts vermittelten Einblicks in die Struktur der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen sollen in diesem Abschnitt einige Feststellungen über das Ausmaß der Vermachtung der Nachfrageseite getroffen werden.

Marktmacht, soweit sie mit Merkmalen der Marktstruktur überhaupt beschrieben werden kann, wird üblicherweise an dem Marktanteil eines Marktteilnehmers gemessen. So ist z.B. im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehen, daß ein Marktteilnehmer unter den folgenden Voraussetzungen eine marktbeherrschende Stellung innehat:

- 1) wenn ein Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Konkurrenten ist,
- 2) wenn ein Anbieter oder Nachfrager eine im Verhältnis zu den Konkurrenten überragende Marktstellung hat, wofür - insbesondere bei Nachfragern - der Marktanteil ausschlaggebend ist,
- 3) wenn ein Marktteilnehmer zusammen mit anderen Anbietern oder Nachfragern eine überragende Marktstellung einnimmt.

Dabei spricht der Gesetzgeber die Vermutung aus, daß der Tatbestand der Marktbeherrschung dann gegeben ist, wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von mindestens einem Drittel, drei oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von mindestens zwei Drittel haben¹⁾.

Die Existenz marktbeherrschender Stellungen ist in diesem Zusammenhang unabhängig davon als problematisch anzusehen, ob vermittels einer solchen Marktstellung ein Machtmißbrauch betrieben wird oder nicht. Denn die Auswahlfreiheit ist um so mehr eingeschränkt, je größer die Vermachtung einer Marktseite ist.

1) In diesem Sinne: § 22 Abs.1-3 GWB.

So gesehen, scheint in bauwirtschaftlichen Marktprozessen durch die öffentliche Nachfrage eine Beschränkung der Auswahlfreiheit vorgegeben zu sein; hinsichtlich einer morphologischen Bestimmung der Marktstellung öffentlicher Nachfrage wird in der Literatur übereinstimmend die Auffassung vertreten, daß die öffentliche Hand am Markt für Bauleistungen eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Insbesondere im Tiefbau trifft es nach Ansicht dieser Autoren zu, daß die öffentliche Hand Nachfragemacht von erheblichem Ausmaß besitzt und daß für die Nachfragerseite ein Teilmonopol, gegebenenfalls sogar ein Monopol, angenommen werden kann¹⁾.

Wie Tabelle Nr. 3 zeigt, kann eine derart formulierte These von der Teil- bzw. Monopolstellung der öffentlichen Hand bei der Nachfrage nach Tiefbauleistungen ohne weiteres akzeptiert werden. Einem solchen morphologischen Befund muß jedoch notwendigerweise die Annahme zugrundeliegen, daß die öffentliche Hand unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten eine Gesamtheit verkörpert.

Gegen eine Betrachtungsweise, nach der die Vielzahl öffentlicher Nachfrager als Gesamtheit begriffen wird, müssen allerdings erhebliche Bedenken vorgebracht werden, und es verwundert, daß in der Literatur mit einer terminologischen Konstruktion operiert wird, ohne daß bislang versucht wurde, die Adäquanz und Relevanz einer solchen Konstruktion für wettbewerbspolitische Fragestellungen zu rechtfertigen.

Wird die öffentliche Hand als wettbewerbspolitischer Bezugspunkt gewählt und die Nachfrage der öffentlichen Hand demgemäß als Gesamtheit betrachtet, so wird mit dieser Implikation ausgeschlossen, daß die verschiedenen öffentlichen Auftraggeber als autonome Nachfrager in Erscheinung

1) Stellvertretend für viele: Schwarz, T. - Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1969, S.109, mit weiteren Literaturhinweisen.

treten. Zum anderen werden Konkurrenzbeziehungen zwischen öffentlichen Nachfragern ex definitione negiert. Sogar für den Bereich der behördlichen Beschaffung muß diese Implikation als das Ergebnis einer allzu pauschalen Einschätzung der sich aus einem föderativen Staatsaufbau ergebenden Aufgaben- und Kompetenzverteilung zwischen den einzelnen Gebietskörperschaften gewertet werden¹⁾. Es kann nicht angenommen werden, daß innerhalb eines föderativen Systems eine Einschränkung der Nachfrageautonomie in dem Maße gegeben ist, daß die für die Beschaffung von Bauleistungen zuständigen Bauämter weisungsgebunden sind und lediglich als Vollzugsorgane einer übergeordneten Zentralinstanz handeln. Dem widerspricht, daß jene Entscheidungen, welche die Autonomie eines Nachfragers begründen, jeweils in den organisatorisch verselbständigten Einheiten getroffen werden. So erfolgen die Entscheidungen über den Umfang und die Struktur des Bauprogramms sowie über die qualitäts- und konstruktionsmäßige Bestimmung der einzelnen Bauvorhaben jeweils autonom bei den Gemeinden, Ländern und beim Bund. Eine Nachfrageautonomie öffentlicher Nachfrager besteht demnach nicht nur formell in Verbindung mit der Dezentralisierung der Beschaffung von Bauleistungen.

Diese Nachfrageautonomie besteht sogar für die Gemeinden als Gebietskörperschaften unterster Haushaltsebene. Der Einwand, daß wegen der zwischen den einzelnen Ebenen in einem föderalistischen System bestehenden finanziellen Verflechtungen Handlungs- und Entschließungsfreiheiten zu Ungunsten der Gemeinden eingeschränkt werden, trifft allenfalls in dem Maße zu, wie die Realisierung bestimmter Bauvorhaben eine finanzielle Beteiligung übergeordneter Gebietskörperschaften voraussetzt und diesen damit die Möglichkeit eröffnet wird, via Auflagen auf bestimmte Entscheidungen bezüglich des Bauvorhabens Einfluß zu nehmen. Das wiederum aber bedeutet, daß eine möglicherweise gegebene Einschränkung der Nachfrager-

1) Wie schwierig sich allein schon die globale Abstimmung der Aktivitäten von Bund, Ländern und Gemeinden gestaltet, haben die konjunkturpolitischen Erfahrungen insbesondere vor Inkrafttreten des Stabilitätsgesetzes immer wieder gezeigt.

autonomie nicht grundsätzlicher, sondern nur objektbezogener oder fallweiser Art sein kann.

Es muß demzufolge davon ausgegangen werden daß die öffentliche Nachfrage von einer Vielzahl autonomer Nachfrager ausgeübt wird und daß eine strukturelle Beschreibung der Nachfrageseite an den Märkten für Bauleistungen zu verzerrten Ergebnissen führt, wenn die öffentliche Hand als e i n Nachfrager betrachtet wird.

Denn - und das lassen die im vorhergehenden Abschnitt dargestellten Strukturmerkmale recht deutlich erkennen - die These von der Monopolstellung öffentlicher Nachfrager wird allein schon dadurch entschärft, daß man die öffentliche Nachfrage nach Haushaltsebenen differenziert.

Um exakte Aussagen über die Vermachtung der Nachfrageseite zu treffen, müßten jeweils für die sachlich und räumlich abgegrenzten Teilmärkte die Marktanteile der einzelnen Gemeinden, Gemeindeverbände und gegebenenfalls der Länder und des Bundes¹⁾ - für diese allerdings nur insoweit, als sie auf den jeweiligen Teilmärkten als Auftraggeber in Erscheinung treten - ermittelt werden. Die Vermittlung solcher Aussagen stößt jedoch auf statistische Grenzen. Außerdem wäre ihr Erkenntniswert aufgrund der bereits von einem Haushaltsjahr zum anderen feststellbaren Strukturverschiebungen ohnehin nicht sehr hoch²⁾. Es dürfte auch deshalb in morphologischer Hinsicht ein Interesse an einem mehr grundsätzlichen Befund bestehen. Aus diesen Gründen wird hier versucht, die Frage der Vermachtung der Nachfrageseite unter Abstraktion von den konkreten Verhältnissen an den einzelnen Teilmärkten in generalisierender Form zu beantworten.

1) Aufgrund der Organisationsgrundlagen des Staates könnte als selbständige Unternehmenseinheit beim Bund und den Ländern sogar der Dienstbereich eines Ministeriums zugrundegelegt werden (vgl. Mees, H.-K. - Die staatliche Beschaffungstätigkeit und das GWB, in: Wirtschaft und Wettbewerb 8/1961, S.546). Dies erscheint infolge des finanziellen Zusammenhangs und unter dem Aspekt der Willensbildung aber nicht sinnvoll.

2) Vgl.dazu Tabelle Nr.4, in der diese Unterschiede am Beispiel der Regionalisierung von Tiefbauausgaben deutlich werden.

Unter diesem Aspekt stellt sich die Nachfrageseite als ein polyzentrisches Gebilde dar, wobei die Struktur der Nachfrageseite dadurch geprägt wird, daß aus der Vielzahl öffentlicher Auftraggeber aufgrund der folgenden Überlegungen lediglich der Bund und einige Großkommunen jeweils für sich als marktbeherrschende Nachfrager in Frage kommen:

1. Wenn man unterstellt, daß sich die Bundesaufträge derart auf die einzelnen Regionalmärkte verteilen, daß der Bundesanteil nach erfolgter Aufgliederung im Regionalmarkt nicht allzuweit vom bundesdurchschnittlichen Anteil abweicht, ist der Bundesanteil von durchschnittlich 41,4 v.H. an der Nachfrage nach Tiefbauleistungen so hoch, daß für den Bund eine marktbeherrschende Stellung angenommen werden kann.
2. Wird der Einfluß der Nachfrage eines einzelnen Landes innerhalb seiner räumlichen Grenzen quantifiziert, so ist damit zu rechnen, daß jedes Bundesland im Durchschnitt nur einen Bruchteil der regionalisierten Bundesnachfrage aufweisen würde. Unter dem Gesichtspunkt der Vermachtung der Nachfrageseite sind die Länder, abgesehen von den Stadtstaaten, deshalb von sekundärer Bedeutung.
3. Aus der Vielzahl der Gemeinden können aufgrund der Höhe ihres Bauvolumens nur einige Großkommunen eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Diese dürfte sich dann jedoch nur ausnahmsweise auf den Markt beziehen, der räumlich durch die Landesgrenzen abgesteckt wird, sondern dürfte begrenzt auf einen Markt für solchen Baubedarf sein, für den die Kreisebene räumlich maßgebend ist.

2.3.4 Der Staat als Verordnungsgeber und Fiskus

Im Verhältnis zur Betätigung privater Marktteilnehmer wirft die wirtschaftliche Betätigung öffentlicher Nachfrager zusätzliche Probleme auf.

Obwohl sogar die Behörden - für die öffentlichen Unternehmen ist dies selbstverständlich - bei der Nachfrage nach Bauleistungen offensichtlich als Subjekte des Privatrechts auftreten, wenn sie diese fiskalischen Hilfgeschäfte der Verwaltung wahrnehmen¹⁾, ist damit nicht gesagt, daß der Staat als Hoheitsverband einerseits und als Fiskus andererseits beziehungslos nebeneinander stehen.

So ist eines dieser Probleme darin zu sehen, daß der Staat als Verordnungsgeber seine fiskalischen Interessen als Auftraggeber bereits bei der Rechtssetzung wahrnehmen kann und daß in diesem Sinne der öffentliche Auftraggeber beim Beschaffungsvorgang möglicherweise die öffentlich-rechtlichen Bindungen ausnutzt, um das zu erreichen, was für ihn auf dem an sich gegebenen privat-rechtlichen Wege nicht zu gleich günstigen Bedingungen erreichbar wäre²⁾.

Da bei der Gestaltung der Rechtsordnung an solche Überlegungen angeknüpft werden könnte, ergeben sich aus diesem Zusammenhang zusätzliche marktstrategische Möglichkeiten für den öffentlichen Auftraggeber. So ist gerade bei den speziellen Rechtsnormen, denen der Markt für Bauleistungen unterliegt, nicht auszuschließen, daß diese in Hinblick auf eine Stärkung der Marktstellung der öffentlichen Auftraggeber erlassen wurden.

Die Macht öffentlicher Auftraggeber wird in ihrer Totalität somit erst dadurch sichtbar gemacht, daß man auch die

1) Vgl. Semler, F.-J. - Das Diskriminierungsverbot bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Diss. München 1968, S. 4.

2) Vgl. Forsthoff, E., a.a.O., S.18 f.

Aspekte in die Betrachtung einbezieht, die sich aus der Doppelrolle des Staates als Auftraggeber und Verordnungsgeber ergeben können.

2.4. Strategische Möglichkeiten öffentlicher Auftraggeber

Werden die Eindrücke, die sich aus

- a) der Analyse der Funktionenteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer (2.2.2)
- b) dem morphologischen Befund der Nachfrageseite des Baumarktes (2.3.3) und
- c) der Berücksichtigung der Verordnungstätigkeit (2.3.4)

ergeben, in Hinblick darauf zusammengefaßt, wo die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs durch öffentliche Auftraggeber besonders beeinträchtigt werden kann, so gelangt man zu folgenden Resultaten, wobei hier nur auf solche Beeinträchtigungen abgestellt wird, die in Zusammenhang mit der öffentlichen Nachfragemacht stehen¹⁾. Zumal hinreichend bekannt ist, daß es keine zuverlässige Garantie gegen den Mißbrauch von Macht selbst dann gibt, wenn die öffentliche Hand Eigentümer eines Unternehmens ist²⁾ oder als behördlicher Nachfrager in Erscheinung tritt³⁾, ist die Kenntnis solcher Ansatzpunkte für einen Machtmißbrauch öffentlicher Auftraggeber gerade deshalb nützlich, weil sie in aller Deutlichkeit sichtbar werden läßt, welche wettbewerbspolitische Problematik die öffentliche Nachfrage nach Bauleistungen im Extremfall beinhalten könnte. Aus diesem Grunde ist es auch unerheblich, daß

1) Daß auch irrationale Auftraggeberentscheidungen die Erfüllung bestimmter Wettbewerbsfunktionen verhindern können, gerade weil aufgrund der dominierenden Marktposition der Einfluß des Auftraggebers z.B. auf die Durchsetzung neuer Technologien und Baustoffe unmittelbarer Art ist, sei deshalb hier nur am Rande erwähnt.

2) So: Hamm, W. - Kollektiveigentum, Heidelberg 1961, S.202 f.

3) Vgl. Welter, E. - Der Staat als Kunde, Heidelberg 1960, S.328.

die folgenden Überlegungen zum Teil nur hypothetischen Charakter haben, d.h., daß nicht alle der hier aufgezählten Strategien bislang praktische Bedeutung erlangt haben.

Da Machtanwendung und Zwangsausübung weitgehend identisch sind¹⁾, schließt Marktmacht notwendigerweise die Möglichkeit ein, Marktprozesse im Sinne eigener Zielsetzungen zu beeinflussen²⁾. Wenn als strategische Aktionen diejenigen Markthandlungen (marktbeherrschender Auftraggeber) klassifiziert werden, durch die Konkurrenten verdrängt und/oder Marktteilnehmer der Marktgegenseite abhängig gemacht werden sollen³⁾, so besteht grundsätzlich für a l l e öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit einer strategischen Beeinflussung der Marktprozesse bereits im Stadium der Rechtssetzung, weil die Auftraggeber in ihrer Eigenschaft als Verordnungsgeber unmittelbar darauf hinwirken können, daß für sie Ausnahmen und besondere Schutzregelungen getroffen werden.

In den Marktprozessen selbst eröffnen sich strategische Möglichkeiten in hohem Maße nur den Auftraggebern, bei denen die dominierende Marktstellung in Verbindung mit einer marktstrukturell bedingten Nachfragermacht besteht. Da man unterstellen kann, daß eine marktstrategische Ausnutzung einer vorhandenen Machtstellung zu günstigeren (individuellen) Marktergebnissen führt, als dies ohne das Bestehen von Marktmacht zu erwarten wäre, ist damit zu rechnen, daß marktbeherrschende öffentliche Auftraggeber ihre Marktmacht in diesem Sinne einsetzen werden. Dabei muß man davon ausgehen, daß die den marktbeherrschenden Nachfragern zur Beeinflussung der Marktprozesse gegebenen Machtmittel, gemessen an ihrer Wirksamkeit, sich kaum

1) Vgl. S. 20.

2) Vgl. zu dieser Definition: Albert, H.- Markt und Zurechnung - von der funktionellen zur institutionellen Verteilungstheorie, in: Schmollers Jahrbuch, Jg.75, S.74.

3) In diesem Sinne auch: Arndt, H. - Mikroökonomische Theorie, 2.Band, Tübingen 1966, S.10 ff.

von denjenigen marktmächtiger Anbieter unterscheiden¹⁾.

Als massivstes Machtmittel eines marktbeherrschenden Auftraggebers ist in diesem Zusammenhang die Boykottierung von Auftragnehmern zu nennen. Diese Maßnahme mag kurzfristig zwar nicht unmittelbar geeignet sein, finanzielle Vorteile zu erzielen. Oft wird jedoch bereits schon der Hinweis auf Androhung einer Auftragsperre genügen, um dann mit weniger repressiven Strategien solche Vorteile zu realisieren. In dieser Hinsicht kann sich der Mißbrauch von Marktmacht in der Ausübung von Preisdruck auf die Auftragnehmer, der Absicherung von Privilegien gegenüber anderen Auftraggebern und auch der einseitigen Verteilung von Risiken zu Lasten des Auftragnehmers bei der Vertragsgestaltung konkretisieren.

Die Wirksamkeit derartiger Strategien wird jedenfalls dann noch wesentlich höher sein, wenn die Boykottierung von mehreren Auftraggebern gemeinschaftlich durchgeführt wird.

Strategien, die auf einer Variierung der Nachfragemenge aufbauen, scheiden allerdings für die behördlichen Nachfrager aus. Infolge der Bindung an relativ starre Haushaltsansätze wird die instrumentelle Tauglichkeit dieser Art von Strategien für den angesprochenen Kreis von Auftraggebern allgemein verneint²⁾.

Marktstrategische Aktionen und Verhaltensweisen, wie sie hier aufgeführt wurden, sind jedoch, insgesamt gesehen, nicht repräsentativ für das Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber bei der Nachfrage nach Bauleistungen. Selbst die öffentlichen Auftraggeber, denen Marktmacht in struktureller Hinsicht gegeben ist, können diese nicht ohne weiteres verhaltenswirksam umsetzen. Als Bestimmungsgrund des Marktverhaltens treten solche Merkmale der Marktstruk-

1) Vgl. Geisbüsch, H.-G. - Die organisierte Nachfrage, Köln-Berlin-Bonn-München 1965, S.62 f.

2) Vgl. Schwarz, T., a.a.O., S.109.

tur nämlich in dem Maße zurück, wie öffentliche Auftraggeber ihr Marktverhalten aufgrund bestimmter Rechtsvorschriften entfalten sollten. Die in diesen Vorschriften verankerten Ge- und Verbote stecken den maximalen Aktionsspielraum ab, innerhalb dessen öffentliche Auftraggeber marktstrategische Verhaltensweisen entfalten können, es sei denn, Widerstände bei der Rechtsdurchsetzung bestimmter Verbote begünstigen eine faktische Vergrößerung des Handlungsspielraums.

Die Darstellung solcher das Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber determinierender Vorschriften schließt sich in Teil 3 an.

3. Die VOB, die BaupreisVO und das GWB als Rahmenregelungen für den Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse

In ihrer Bedeutung für den Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse sind die Verdingungsordnung für Bauleistungen, die BaupreisVO und das GWB kaum zu überschätzen. Durch Ge- bzw. Verbote bestimmter Handlungsweisen und durch die Festlegung der Aufeinanderfolge bestimmter Markthandlungen haben diese Vorschriften einen weitgehenden Einfluß auf das Marktverhalten von Anbietern und Nachfragern.

3.1 Die Regulierung des Prozeßablaufs durch die VOB/A

Der Einfluß des Verdingungswesens auf den Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse wird eindrucksvoll aus einer Übersicht ersichtlich, in der die im Rahmen der VOB erfaßten Funktionen dargestellt sind¹⁾. Von dem Moment an, in dem der Auftraggeber über den Markt eine konstruktionsmäßige Lösung für sein Bauvorhaben zu finden sucht, werden durch die VOB bestimmte Regeln begründet, die sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer zu beachten haben.

3.1.1 Rechtsnatur und Aufbau der VOB

Die VOB wurde in den Jahren 1921-1926 aus dem dringlichen Bedürfnis geschaffen, für die Vergabe von Bauaufträgen der öffentlichen Hand an private Auftragnehmer und die Ausführung von Bauleistungen klare und einheitliche Richtlinien zu schaffen. Sie ist in Zusammenarbeit sämtlicher am Bausehen beteiligter Kreise entstanden. Hier ist besonders der Deutsche Verdingungsausschuß für Bauleistungen zu nennen, in dem Vertreter aus Ministerien und Kommunen sowie Wirtschafts- und Berufsverbänden vertreten sind²⁾. Zur Zeit liegt die VOB in der Fassung vom November 1973 vor³⁾.

1) Vgl. Enquete, a.a.O., S.1026-1029.

2) Vgl. Gandenberger, O. - Die Ausschreibung, Heidelberg 1961, S.27 f.

3) VOB, Ausgabe 1973, i.A. des Deutschen Verdingungsausschusses für Bauleistungen, herausgegeben von: Deutscher Normenausschuß, Berlin-Köln-Frankfurt 1973.

Die VOB umfaßt drei Abschnitte:

- Teil A - Allgemeine Bestimmungen über die
Vergabe von Bauleistungen (VOB/A)
- Teil B - Allgemeine Vertragsbedingungen für
die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B)
- Teil C - Allgemeine Technische Vorschriften
(VOB/C).

Der Teil A der VOB regelt das Verfahren der Auftragsvergabe bis zum endgültigen Abschluß eines Bauvertrages. In VOB/A ist festgelegt, wie und nach welchen Grundsätzen ein Auftragnehmer zu verfahren hat, wenn eine Bauleistung an einen Unternehmer vergeben werden soll. In diesem Sinne werden durch Einzelbestimmungen der VOB/A die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen des BGB erläutert, ergänzt, abgeändert und eingeschränkt¹⁾. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist VOB/A zweifellos der zentrale Teil der Verdingungsordnung für Bauleistungen. Deshalb werden in dieser Arbeit inhaltliche Bezüge fast ausschließlich nur zu VOB/A hergestellt. Dabei sind in den folgenden Abschnitten einzelne Bestimmungen der VOB/A sogar sehr detailliert wiedergegeben worden, wenn im weiteren Verlauf der Arbeit an solche Regelungen angeknüpft werden mußte.

Die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) behandeln die Beziehungen der Beteiligten nach Vertragsabschluß. Hier werden alle Vorgänge bis hin zur Vertragserfüllung im einzelnen geregelt (Art und Umfang der Leistung, Vergütung, Ausführung, Ausführungsfristen, Verteilung der Gefahr, Kündigung, Haftung, Vertragsstrafe, Abnahme, Gewährleistung, Abrechnung, Zahlung, Sicherheitsleistung und Schlichtung von Streitigkeiten). Durch VOB/B wird das Muster eines Vertragstyps geschaffen, das der Eigenart des Bauvertrages gerecht wird²⁾.

1) Vgl. Ingenstau, H./ Korbion, H. - VOB (Kommentar), 6. Aufl., Düsseldorf 1971, S.38.

2) Vgl.: Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.71.

Die unzureichenden gesetzlichen Rahmenvorschriften der §§ 631 ff BGB über den Werkvertrag werden durch die VOB für solche Werkverträge, die Bauleistungen zum Gegenstand haben, spezifiziert¹⁾. Wird VOB/B als Bestandteil des zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer abgeschlossenen Bauvertrages anerkannt, so gelten die Bestimmungen des BGB nur insoweit, als in der VOB/B sich zu irgendwelchen Fragen keine besonderen Vorschriften finden und auch keine anderweitigen Vereinbarungen getroffen sind²⁾.

Im abschließenden Teil C der VOB sind die Allgemeinen Technischen Vorschriften für Bauleistungen enthalten. In diesem Teil werden für die wichtigsten Bauarbeiten technische Normen bezüglich der Ausführung und der zu verwendenden Baustoffe und -teile vorgeschrieben. Nach Teil B § 1 Nr. 1 Satz 2 sind diese Bestimmungen Gegenstand eines VOB-Bauvertrages; die Nichtbeachtung dieser technischen Richtlinien kann für den Auftragnehmer zu Mängelrügen führen, aufgrund derer er mit Vergütungs-minderungen, ja sogar Schadensersatzleistungen, zu rechnen hat³⁾.

Bei Schmitz findet sich der Hinweis, daß die Rechtsnatur der VOB nicht immer unumstritten war⁴⁾. Nach heute vorherrschender Meinung wird die VOB jedoch lediglich als grundsätzliche Empfehlung und nicht als eine kraft Gesetzes anzuwendende Vorschrift aufgefaßt⁵⁾. Das scheint im Gegensatz zu der faktischen Bedeutung zu stehen, welche der VOB im alltäglichen Baugeschehen anerkanntermaßen zukommt. So wird im Kommentar zur VOB darauf hingewiesen,

1) Vgl. Ingenstau, H./ Korbion, H., a.a.O., S.38.

2) Vgl. Hereth, F./ Ludwig, O./ Naschold, R. -- Kommentar zur VOB/B, Wiesbaden 1954, S.36.

3) Vgl. Ingenstau, H./ Korbion, H. a.a.O., S.39.

4) Vgl. Schmitz, E., a.a.O., S.30.

5) Ebenda.

daß die Anwendung der VOB als Muster für Bauvertragsverhandlungen, Vertragsabschluß und Vertragsdurchführung bereits seit 1955 im Dienstbereich nahezu aller Bundes- und Länderministerien empfohlen wurde¹⁾.

Diese Empfehlung ergibt sich für Bundesbehörden aufgrund von § 55 Abs.1 BHO, wonach alle Verträge über Lieferungen und Leistungen grundsätzlich auszuschreiben sind. Auch die Länder sind durch § 30 i.V.m. § 1 HGrG verpflichtet, ihr Haushaltsrecht nach diesem Grundsatz zu regeln. Mit der neuerdings in allen Bundesländern in Kraft getretenen Änderung der Gemeindehaushaltsordnung zum 1.1.1974 gilt nunmehr auch für die Gemeinden, daß der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen muß und daß die vom Innenminister des Landes bekanntgegebenen Vergabegrundsätze zu beachten sind²⁾.

Hierbei ist zu bedenken, daß aus den einzelnen Teilen der VOB unterschiedliche Rechtsfolgen entstehen können, da, wie bereits erwähnt wurde, sowohl VOB/B als auch VOB/C Vertragsinhalt und somit Gegenstand des Vertragsrechts werden, wenn sie zwischen den Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart werden, während aus Teil A hingegen sich nicht ohne weiteres klagbare Ansprüche für den Auftragnehmer dahingehend ergeben, daß der Auftraggeber beim Abschluß eines Bauvertrages notwendigerweise nach den Bestimmungen von VOB/A zu verfahren hat³⁾.

Die Anwendung der in VOB/A niedergelegten Vergaberegeln durch die betreffenden öffentlichen Unternehmen und Verwaltungsbehörden ist nur dann sichergestellt, wenn auf dem Wege einer internen Dienstanweisung die Anwendung der VOB vorgeschrieben ist⁴⁾. Durch eine solche Verbindlich-

1) Vgl. Ingenstau, H./ Korbion, H., a.a.O. S.59.

2) Vgl. Enquete, a.a.O., S.1042.

3) Vgl. Schmitz, E., a.a.O., S.31.

4) Vgl. Daub, W./ Meierose, R./ Müller, K. - Kommentar zur VOB, Düsseldorf 1960, S.35.

keitserklärung werden die Bestimmungen der VOB zu Verwaltungsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften. Zwar sind die Vorschriften der VOB/A damit keine Rechtsnormen, und es kann auf Grundlage der VOB/A nicht geklagt werden, jedoch wird damit dem Auftragnehmer die Möglichkeit zur Dienstaufsichtsbeschwerde eröffnet¹⁾.

Darüber hinaus sind auch im Rahmen von VOB/A die Rechtsgrundsätze zu beachten, die von der höchstichterlichen Rechtssprechung im Falle eines Verschuldens bei der Anbahnung eines Vertragsverhältnisses (culpa in contrahendo) aufgestellt worden sind²⁾.

3.1.2 Die Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung ist der essentielle Bestandteil der Verdingungsunterlagen³⁾. Nach § 9 Nr.1 VOB/A muß der Auftraggeber die Bauleistung so erschöpfend beschreiben und gliedern, daß der Bewerber die mit der Übernahme der Ausführung verbundenen Wagnisse möglichst klar erkennen und die Preise einwandfrei ermitteln kann.

Dies ist nach VOB/A auf verschiedene Art und Weise möglich. Die VOB erkennt folgende Methoden der Leistungsbeschreibung an:

1. § 9 Nr.3 VOB/A sieht vor, daß Bauleistungen durch eine allgemeine Darstellung der Bauaufgabe und ein in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis beschrieben werden. Diese als konstruktionsmäßig bezeichnete Form der Leistungsbeschreibung schreibt dem Bewerber im Detail vor, wie er die gestellte Bauaufgabe ausführen soll. Vermittels des Leistungsverzeichnisses wird die Bauaufgabe in solche Aufgabenbestandteile zerlegt, die nach ihrer

1) Vgl. Ingenstau, H./ Korbion, H., a.a.O., S.47.

2) Ebenda, S.48.

3) So: Reck, D.-Government Purchasing and Competition, Berkeley-Los Angeles 1954, S.63.

technischen Beschaffenheit und auch für die Preisbildung als in sich gleichartig betrachtet werden können. Die in Teil C der VOB enthaltenen Ansätze zur Normung, Typisierung und Standardisierung von Baustoffen und Bauteilen sind diesbezüglich sehr geeignet, zu einer unmißverständlichen Beschreibung der Leistung beizutragen¹⁾. Diese gleichartigen Aufgabenbestandteile sind vom Auftraggeber im Leistungsverzeichnis unter eine allgemeine Ordnungszahl zusammenzufassen. Dies sei anhand eines Auszuges aus dem Muster-Leistungsverzeichnis für die Ausführung bituminöser Fahrbahndecken auf Landstraßen verdeutlicht²⁾, der zugleich die weitgehende Festlegung des Auftragnehmers bei der Ausführung einer Bauleistung erkennen läßt.

Schaubild Nr.8:

"Anhang 1

Auszug aus dem Muster-Leistungsverzeichnis für die
Ausführung bituminöser Fahrbahndecken auf Landstraßen
(LV bit 1949)

Ordnn. An-		Ein- Geldbe-
Nr.	Benennung der Arbeiten u. Lieferungen	heits- trag im
		preis Ganzen

Ausführung der Oberflächenbehandlung.

4	Erstmalige Oberflächenbehandlung vonm Breite wie folgt herzustellen: Auf die nach Ordn-Nr.2 vorbereitete, trockene, sandgeschlämmte Schotterdecke ist das auf....°C erwärmte Bindemittel - Straßenteer T... - Straßenteer mit Bitumen BT... - Straßenbaubitumen*)B...- in einer Menge von ...kg/qm mit Spritz- geräten gleichmäßig verteilt heiß auf- zubringen, mit ...kg/qm trockenem Roh- splitt - mit etwa 2 Gew.% Straßenteer T... - Straßenbaubitumen B... - um- hülltem Splitt der Körnung ... mm zu überstreuen und abzuwalzen, bis eine profilgerechte, gleichmäßige und dichte Splittauflage entstanden ist.	Für 1 qm	
....	qm		

1) Dieser Zusammenhang wird hervorgehoben von: Westing, J.H./ Fine, I.V. - Industrial Purchasing, Buying for Industry and Budgetary Institutions, New York-London 1955, S.9.

2) Vgl. Ifo (Hrsg.) - Kostenstruktur..., a.a.O., Anhang 1.

Ord. An-	zahl Benennung der Arbeiten und Lieferungen	Ein- Geldbe- heits- tragi. preis Ganzen
----------	---	---

Ausführung der Oberflächenbehandlung.

- 5 Verstärkte Oberflächenbehandlung von
..... m Breite wie folgt herzustellen:
Auf die nach Ordn.-Nr.2 vorbereitete,
trockene, sandgeschlämmte Schotterdecke
ist das auf ...°C erwärmte - nicht er-
wärmte - Bindemittel für den Voranstrich
- Straßenteer T..... - Straßenteer mit
Bitumen BT.....- Straßenbaubitumen B
- Bitumenemulsion U - Kaltteer - in einer
Menge von ...kg/qm mit Spritzgeräten
gleichmäßig - kalt - heiß - verteilt auf-
zubringen und mit ... kg/qm mit Gew.%
Bindemittel - Straßenteer T...- Stras-
senteer mit Bitumen BT.... Straßenbau-
bitumen B.... - Verschnittbitumen - um-
hülltem Splitt - Splittsand - der Körnung
...mm zu überstreuen. Anschließend sind
in einem zweiten Arbeitsgang ...kg/qm
trockener Rohsplitt - mit etwa 2Gew.%
Bindemittel ... umhüllter Splittsand
- der Körnung ...mm aufzubringen und ab-
zuwalzen, bis eine profilgerechte,
gleichmäßige, dichte Splittauflage ent-
standen ist.
- qm Für 1 qm
- 6 Oberflächennachbehandlung von ...m Breite
wie folgt herzustellen:
Auf die nach Ordn.-Nr.3 vorbereitete
bituminöse Straßendecke ist das auf
...°C erwärmte Bindemittel - Straßen-
teer T.... - Straßenteer mit Bitumen BT
.... - Straßenbaubitumen**)B.... - in
einer Menge von ...kg/qm mit Spritzgerä-
ten, gleichmäßig verteilt heiß aufzubrin-
gen, mit ... kg/qm trockenem Rohsplitt
- mit etwa 2 Gew.% Straßenteer T.... -
Straßenbaubitumen B... - umhülltem Splitt
der Körnung ... mm zu überstreuen und ab-
zuwalzen, bis eine profilgerechte, gleich-
mäßige, dichte Splittauflage entstanden ist.
- qm Für 1 qm

Bemerkung: Es bleibt dem Unternehmer überlassen, außer-
dem ein eigenes Sonderangebot für die unter Ord.-Nr.5 ange-
gebene...Oberflächenbehandlung einzureichen.

*) Bitumenemulsion und Kaltteer bei Arbeiten kleineren
Umfanges und für Sonderzwecke.

**) Bitumenemulsion und Kaltteer auf überfetteten Belägen.

Indem die Bieter jeweils für die aufgezählten Teilarbeiten ihre Preisforderungen angeben müssen, wird durch die Anwendung des Leistungsverzeichnisses zugleich eine Nebenwirkung erzielt, da Preisunterschiede zwischen den anbietenden Unternehmen und ihre Ursachen mit größter Deutlichkeit sichtbar werden¹⁾.

2. Die "Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm" ist diejenige Methode der Leistungsbeschreibung, bei welcher der Zweck und die Verwendung des Bauvorhabens sowie die an es gestellten technischen, wirtschaftlichen und gestalterischen Anforderungen den Erfordernissen des § 9 Nr. 1 VOB/A entsprechend zu beschreiben sind, ohne daß die Ausführung der Bauleistung im einzelnen konstruktionsmäßig vorgeschrieben wird²⁾. Bei dieser als funktionsmäßig bezeichneten Form der Leistungsbeschreibung wird neben der Ausführung zugleich auch der Entwurf für die Leistung vergeben.

3. Als Mittelweg zwischen konstruktionsmäßigen und funktionsmäßigen Leistungsbeschreibungen ist es aufgrund von § 17 Nr.4 Satz 3 VOB/A fernerhin möglich, daß, ausgehend von einer konstruktionsmäßigen Leistungsbeschreibung, Änderungsvorschläge und Nebenangebote des Bewerbers zuzulassen sind. Dabei soll der Auftraggeber im voraus ausdrücklich klarstellen, ob Änderungsvorschläge und Nebenangebote überhaupt erwünscht sind, damit der Bewerber bei mangelndem Interesse des Auftraggebers sich den mit der Erarbeitung solcher Vorschläge und Angebote verbundenen Aufwand ersparen kann³⁾.

Die Entscheidung, in welcher Form die Leistung im konkreten Einzelfall beschrieben werden soll, ist weitgehend in das Ermessen des Auftraggebers gestellt. Dabei hängt

- 1) Vgl. Ifo (Hrsg.) - Kostenstruktur..., a.a.O., S.15 f.
- 2) Vgl. Gutowski, A. - Konstruktions- und Entwicklungsaufträge, Heidelberg 1960, S.27.
- 3) Vgl. dazu: Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.102.

es unmittelbar von dieser Entscheidung ab, inwieweit die Arbeitsteilung zwischen dem Auftraggeber und den Bietern forciert wird; im Verhältnis zu ihrer Vorläuferin kann aufgrund der derzeitig gültigen VOB eine Ausschreibung bereits in dem Stadium erfolgen, in dem die gestalterischen und technischen Anforderungen an ein Bauvorhaben formuliert, jedoch noch nicht in eine Konstruktion umgesetzt sind. Infolge dieser bedeutsamen Veränderung kann nunmehr neben der Ausführung auch die Konstruktion in einem wettbewerblichen Verfahren ermittelt werden.

Allerdings lassen die Bestimmungen des § 9 Nr. 3 VOB/A erkennen, daß eine Leistung normalerweise konstruktionsmäßig beschrieben werden soll. Danach ist die Anwendung funktionsmäßiger Leistungsbeschreibungen von umfassenden Zweckmäßigkeitsüberlegungen abhängig zu machen. "Wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln, kann die Leistung durch ein Leistungsprogramm dargestellt werden".

Das Primat der Trennung von Ausführung und Planung in bauwirtschaftlichen Marktprozessen ist demzufolge auch durch die Neufassung der VOB nicht angetastet worden. Dafür dürfte nicht zuletzt ausschlaggebend sein, daß für eine Begrenzung des Anwendungsbereiches der "Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm" auch Kostengründe sprechen. Verlangt nämlich der Auftraggeber von den Bewerbern, Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, statistische Berechnungen oder Massenberechnungen auszuarbeiten, muß er gemäß § 20 VOB/A einheitlich für alle Bieter eine angemessene Entschädigung festsetzen. Mit dieser Regelung ist somit eine Interessenlage geschaffen worden, bei der der Auftraggeber die "Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm" nur dann anwenden soll, wenn der mit dieser Methode zu erzielende Vorteil größer sein wird als die an die Bieter zu

zahlende Entschädigungssumme¹⁾).

3.1.3 Die Arten der Vergabe

Mit der Richtlinie Nr.71/304/EWG zur "Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden" vom 26.6.1971²⁾ und der Richtlinie Nr.71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge vom 26.6.71³⁾ erging nach Art.189 Abs.3 EWG-Vertrag an die Mitgliedsstaaten die Aufforderung, den Zielen dieser Richtlinien zu entsprechen. Dieser Aufforderung ist man in der Neufassung der VOB/A vom November 1973 nachgekommen, wobei insbesondere die Vorschriften über die Wahl der Vergabeart weiterentwickelt worden sind.

Die VOB/A sieht folgende Vergabearten vor, nach denen eine Bauleistung von einem öffentlichen Auftraggeber vergeben werden soll:

- a) die öffentliche Ausschreibung
- b) die beschränkte Ausschreibung
- c) die freihändige Vergabe.

Nach § 3 Nr.1 VOB/A ist bei der beschränkten Ausschreibung und der freihändigen Vergabe neuerdings noch zu unterscheiden, ob diesen Arten der Vergabe ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorausgeht oder nicht.

Aufgrund von §55 Abs.1 BHO hat die öffentliche Ausschreibung Vorrang vor den beiden anderen Vergabearten⁴⁾. Die Voraussetzungen, unter denen der Auftraggeber eine beschränkte Ausschreibung (Aufforderung von 3 bis 8 Unternehmen zur Angebotsabgabe) oder eine freihändige Vergabe

1) Vgl. Enquete, a.a.O., S.1079.

2) Vgl. Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Ausgabe in deutscher Sprache, Nr. L 185/1 bis 185/4.

3) Ebenda, Nr. L 185/5 bis 185/14.

4) Vgl. Ingenstau, H./ Korbion, H., a.a.O., S.47.

(formloses Vergabeverfahren) vorziehen soll und wann diesen Verfahren ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb (öffentliche Aufforderung an einen unbeschränkten Bewerberkreis, Teilnahmeanträge zu stellen) vorzuschalten ist, werden in § 3 Nr.4 bis 6 spezifiziert. Diesbezüglich kann man davon ausgehen, daß die in der VOB vollzogene Abgrenzung des Anwendungsbereiches der einzelnen Vergabearten im wesentlichen den Ergebnissen gleicht, zu denen auch die wirtschaftstheoretische Diskussion geführt hat. Dort wird der öffentlichen Ausschreibung aus fiskalischen, politischen und wirtschaftspolitischen Gründen grundsätzlich eine Vorrangstellung eingeräumt¹⁾. Im Verhältnis zu den anderen Vergabearten vermittelt die öffentliche Ausschreibung eine Vielzahl relevanter Marktkennntnisse über den Bewerberkreis, die Angebotspreise und etwaige Nebenangebote, die der Auftraggeber sich bei beschränkter Ausschreibung oder freihändiger Vergabe fast ausschließlich durch eigene Marktbeobachtung aneignen müßte, wobei unterstellt wird, daß solche subjektiven Marktkennntnisse in der Regel einen geringeren informationellen Wert haben werden als die im Ausschreibungsverfahren objektiv zustandegekommenen Marktinformationen²⁾. Da eine hohe Qualitätstransparenz Voraussetzung für eine rationelle Kaufentscheidung ist, entspricht es demnach dem fiskalischen Interesse, wenn der Auftraggeber Bauleistungen öffentlich ausschreibt. Zudem wird die öffentliche Ausschreibung als ein öffentliches und wettbewerbsoffenes Vergabeverfahren³⁾ in Hinblick auf die Entfaltung eines Leistungswettbewerbs zwischen den Anbietern auch unter wettbewerbspolitischem Aspekt höher eingeschätzt als die anderen Vergabeverfahren, weil bei ihr, wie im einzelnen

1) Vgl. Gantenberger, O., a.a.O., S.56 ff.
Schmid, H., a.a.O., S.98 und S.131 f.

2) So im Prinzip bereits: Enquete, a.a.O., S.1055 f.

3) Vgl. Gantenberger, O., a.a.O., S.42 ff.

noch gezeigt wird¹⁾, willkürliche Beschränkungen des Bewerberkreises und der Angebotsauswahl weitestgehend ausgeschlossen sind.

Die in der Diskussion um die Wahl der Vergabeart engagierten Autoren vertreten jedoch alle die Ansicht, daß der Auftraggeber dann ein anderes Vergabeverfahren als die öffentliche Ausschreibung anwenden soll, wenn ein Bauvorhaben dringlich ist, der Geheimhaltung bedarf oder wenn die Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Beschaffung via öffentliche Ausschreibung nicht gesichert werden kann²⁾. Diese Gefahr ist nämlich bei der Vergabe von Kleinaufträgen und Reparaturarbeiten zu sehen, da in solchen Fällen offenbar nicht damit gerechnet werden kann, daß das Ausschreibungsergebnis den mit diesem Verfahren verbundenen Verwaltungsaufwand kompensiert. Außerdem wird den Auftraggebern die beschränkte Ausschreibung oder freihändige Vergabe immer dann empfohlen, wenn nur wenige bzw. sogar nur ein Anbieter als Auftragnehmer in Frage kommen³⁾.

Wenn bei der öffentlichen Ausschreibung einer Bauleistung, die für DM 300.000,-- vergeben wurde, bei 38 Bietern Bearbeitungskosten in Höhe von DM 95.000,-- entstanden und hierin noch nicht einmal der Arbeitsaufwand des Auftraggebers berücksichtigt ist, so zeigt dies recht deutlich, daß in diesem Falle sachliche Überlegungen bei der Wahl der Vergabeart offensichtlich nicht angestellt wurden⁴⁾.

Dieses Beispiel läßt erkennen, daß trotz der Vorrangstellung der öffentlichen Ausschreibung jedes Verfahren innerhalb jeweils bestimmter Grenzen optimal geeignet sein kann, fiskalische und wirtschaftspolitische Funktionen der öffentlichen Beschaffung zu erfüllen und daß die Wahl der

1) Vgl. Abschnitt 3.2.2.

2) Vgl. Schmid, H., a.a.O., S.172 ff.

3) Vgl. Gandenberger, O., a.a.O., S.67 f.

4) Vgl. zu diesem Beispiel: Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.(Hrsg.) - Produktiver Bauen, Frankfurt 1955, S.8.

Vergabeart in diesem Sinne von solchen sachlichen Gesichtspunkten abhängig zu machen, die gewährleisten, daß jeweils das optimale Verfahren angewendet wird. Auch wenn in diesem Zusammenhang die VOB/A in § 3 Nr. 4 und 5 nur punktuell und exemplarisch vorschreibt, wann welches Verfahren zu wählen ist, bleibt festzustellen, daß die Wahl der Vergabeart keine Ermessensentscheidung des Auftraggebers sein sollte. Da durch Willkür bei der Wahl der Vergabeart sowohl fiskalische als auch wettbewerbspolitische Ziele verletzt werden können, ist diese Feststellung für den weiteren Gang der Arbeit besonders wichtig.

3.1.4 Die Zuschlagskriterien

Wenn der Auftraggeber im Vergabeverfahren einem Angebot den Zuschlag erteilt, erhält er durch den damit zustandegewordenen Vertrag vom Auftragnehmer ein Leistungsversprechen, welches sich auf die Erstellung der Bauleistung zu den vertraglich fixierten Bedingungen bezieht. Sieht man einmal davon ab, daß Bauleistungen ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen in der Form vergeben werden können, bei der dem Auftragnehmer die entstehenden Kosten erstattet werden (Selbstkostenerstattungsvertrag)¹⁾, so liegt dem Leistungsversprechen in der Regel eine Preisforderung zugrunde, deren kostenmäßige Basis auf vorkalkulierten Werten beruht.

Aus diesem Grunde wird in bauwirtschaftlichen Marktprozessen die Erteilung des Zuschlags neben preis- und qualitätsbezogenen Maßstäben auch von solchen Merkmalen abhängig gemacht, die mit der Fähigkeit des Auftragnehmers zusammenhängen, das Leistungsversprechen erfüllen zu können.

Die VOB/A hat an solche Überlegungen unmittelbar angeknüpft und sieht vor, daß die Erteilung des Zuschlags im Rahmen eines zweistufigen Entscheidungsprozesses erfolgen

1) Siehe zu den Voraussetzungen: § 5 Nr.3 VOB/A.

soll¹⁾:

1. Ausschluß der Angebote nicht ausreichend fachkundiger, leistungsfähiger und zuverlässiger Anbieter (§ 2 in Verbindung mit § 25 Nr.2 Abs.1 VOB/A).
2. Der Zuschlag soll auf das Angebot erfolgen,
 - a) dessen Preis nicht im offenbaren Mißverhältnis zur Leistung steht,
 - b) das eine einwandfreie Ausführung erwarten läßt und
 - c) "das unter Berücksichtigung aller technischen und wirtschaftlichen, gegebenenfalls auch gestalterischen und funktionsbedingten Gesichtspunkte als das annehmbarste erscheint"²⁾.

Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der niedrigste Angebotspreis allein nicht ausschlaggebend sein soll, sondern daß entsprechend dem Grundsatz der Vergabe die Leistung zu angemessenen Preisen zu vergeben ist.

Aus 1. entsteht für den Auftraggeber die Verpflichtung zur Überprüfung der Bewerber. Es sollen nur die Angebote solcher Bieter in die engere Wahl gezogen werden, bei denen

- umfassende Kenntnisse auf dem speziellen Sachgebiet,
- die zur Bewältigung der gestellten Bauaufgabe erforderlichen kaufmännischen, technischen und finanziellen Voraussetzungen,
- die Gewähr für eine vertragsgerechte Erfüllung der Bauaufgabe vorhanden sind³⁾.

Dabei wird in der Praxis diese Verpflichtung als Negativbeurteilung gehandhabt, d.h.grundsätzlich wird davon ausgegangen, daß die Bewerber diese Bedingungen erfüllen⁴⁾.

-
- 1) In der Enquete wird von einem dreistufigen Entscheidungsprozeß gesprochen. Allerdings handelt es sich dort bei der ersten Stufe lediglich um die Prüfung der formellen Richtigkeit der Angebote. Vgl. Enquete, a.a.O. S.1112.
 - 2) Siehe § 25 Nr.2 Abs.2 VOB/A.
 - 3) Vgl.: Ingenstau, H./ Korbion, H., a.a.O., S.79.
 - 4) Vgl. Schmitz, E., a.a.O., S.76.

Die Natur des Bauvertrages als eines Leistungsversprechens wird in aller Deutlichkeit auch anhand der Entscheidungsregeln sichtbar, aufgrund derer einem der in die engere Wahl gezogenen Angebote der Zuschlag zu erteilen ist. Daß nicht solchen Angeboten der Zuschlag erteilt werden soll, bei denen der Preis in einem offenbaren Mißverhältnis zur Leistung steht, ist für den Auftraggeber ohnehin ein ökonomisches und haushaltsrechtliches Gebot, soweit es sich um überhöhte Angebote handelt. Nicht ohne weiteres verständlich ist hingegen, daß auch solchen Angeboten der Zuschlag nicht erteilt werden soll, deren Preis im Sinne eines Mißverhältnisses offenbar untersetzt ist, zumal es doch in der Verantwortung des Bieters steht, die der Höhe nach von ihm bestimmte Preisforderung als Bestandteil des Bauvertrages zu vertreten. Diese Konsequenz, die impliziert, daß eine einwandfreie Ausführung bei einem offenbaren Mißverhältnis zwischen Leistung und Preis nicht zu erwarten sein wird, muß im Zusammenhang mit der de jure zwar bestehenden, de facto aber oft nicht gegebenen Verantwortung des Bieters für sein Leistungsversprechen gesehen werden:

"Die praktische Erfahrung hat gezeigt, daß nicht selten Bauten, die von Bieter errichtet worden sind, die nicht zu auskömmlichen Preisen angeboten haben und vielleicht gerade deshalb den Zuschlag erhalten hatten, Mängel aufwiesen, die nur mit einem erheblichen weiteren Kostenaufwand und damit einem zusätzlichen, insoweit unvertretbaren Einsatz von Volksvermögen haben beseitigt werden können oder sogar in einem Zustand verbleiben mußten, welcher der Allgemeinheit gegenüber nicht zu verantworten ist. Außerdem dürfte es nicht selten gewesen sein, daß gerade solche Bieter, die zu 'Schleuderpreisen' ihr Angebot abgegeben haben und den Zuschlag erhalten haben, nicht nur die Existenz ihres eigenen Unternehmens, sondern darüber hinaus und vor allem die Arbeitsplätze ihrer Arbeitnehmer gefährdet haben"¹⁾.

1) Vgl. die Entscheidungsbegründung des Kartellsenats des BGH v.15.6.1966. Wiedergegeben bei: Ingenstau, H./Korbion, H., a.a.O., S.366.

Nach allgemeinen betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen bestehen solche Gefährdungen bei Preisen, die noch nicht einmal die variablen Kosten decken können, so daß - obwohl weder in der VOB/A noch in den Kommentaren dieser Bezug hergestellt wird - offenbare Mißverhältnisse im Falle von unersetzten Angeboten dann angenommen werden können, wenn der Auftraggeber den Eindruck gewinnt, daß der Angebotspreis nicht den variablen Teil der Gesamtkosten des Bieters deckt. Keinesfalls jedoch ist § 25 Nr.2 Abs.2 VOB/A so zu verstehen, daß der jeweils niedrigste Angebotspreis automatisch in einem offenbaren Mißverhältnis zur Leistung steht, so daß einem solchen Angebot, das zudem unter technischen und wirtschaftlichen sowie gegebenenfalls gestalterischen Gesichtspunkten als das annehmbarste erscheint, der Zuschlag zu erteilen ist. Eine Interpretation des § 25 Nr.2 Abs.2 VOB/A, wonach das niedrigste Angebot grundsätzlich auszuschließen sei, ist jedenfalls falsch¹⁾.

Zulässige Abweichungen vom Zuschlag auf das annehmbarste Angebot entstehen in Zusammenhang mit der Bevorzugung bestimmter Bewerber (Flüchtlinge und Vertriebene, Bewerber aus einem durch die Teilung Deutschlands wirtschaftlich benachteiligten Gebiet, Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung)²⁾.

Diese Bewerber sollen zum einen bevorzugt zu beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben herangezogen werden; außerdem sollen sie den Zuschlag auch dann erhalten, wenn ihr Angebot geringfügig über dem wirtschaftlichsten Angebot liegt³⁾.

1) Das wird in aller Schärfe in der Enquete hervorgehoben. Vgl. ebenda S.1116.

2) Der Nachweis der entsprechenden Richtlinien findet sich bei Zimmermann. Vgl. Zimmermann, H. - Öffentliche Ausgaben und regionale Wirtschaftsentwicklung, Tübingen 1970, S.227.

3) Vgl. Schmitz, J., a.a.O., S.77 f.

Bei der Bevorzugung von Bewerbern werden andere politische und wirtschaftspolitische Ziele dem Ziel eines leistungsgerechten Wettbewerbs übergeordnet. Solche Vergabefälle sind demnach auch nach anderen als wettbewerbspolitischen Maßstäben zu beurteilen.

3.1.5 Zeitliche Aspekte des Vergabeverfahrens

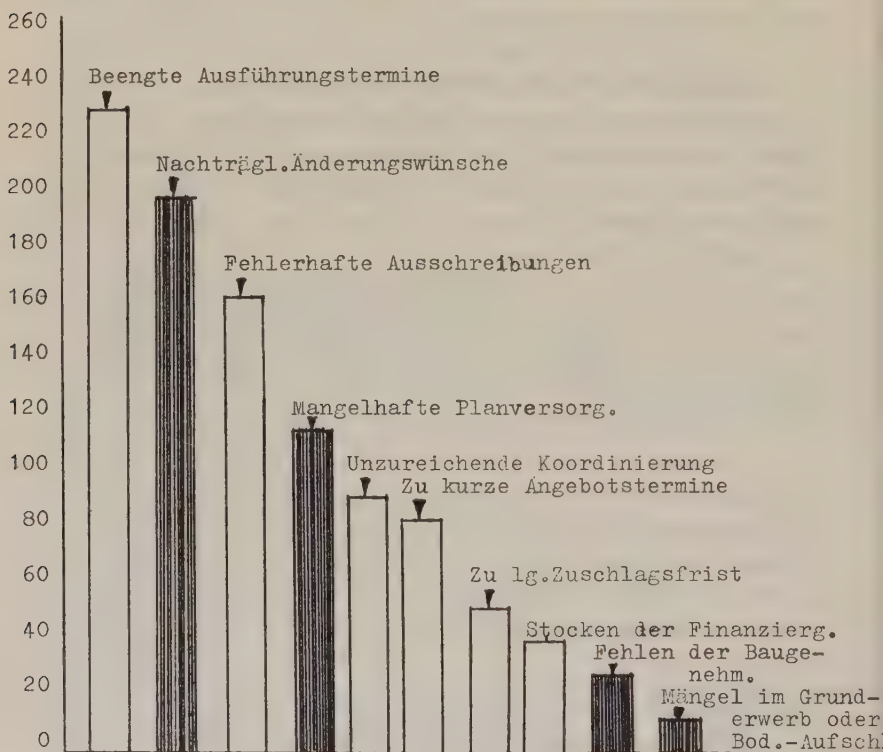
Die Bemessung der Angebots- und Zuschlagsfrist ist in den Verdingungsunterlagen, die Ausführungsfrist im Bauvertrag festzulegen. Die VOB schlägt für die Bemessung der einzelnen Fristen jeweils Höchst- und Mindestwerte vor.

Die Problematik dieser Fristenregelung wird aus einer Erhebung über häufig vorkommende Ursachen von Reibungsverlusten in der Bauwirtschaft ersichtlich; unter den dort aufgezählten Ursachen sind sämtliche hier angesprochenen Fristen vertreten¹⁾.

1) Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.104.

Schaubild Nr. 9 : Häufig vorkommende Ursachen der Reibungsverluste in der Bauindustrie

Punkte*)



*) um die Rangfolge der Reibungsverluste zu ermitteln, erhielt die nach Ansicht der einzelnen Firma wichtigste Verlustquelle 4 Punkte, die zweitwichtigste 3 Punkte, die drittwichtigste 2 Punkte und jede weitere Verlustquelle 1 Punkt

Quelle: Erhebung des Ifo-Instituts. bei 125 Firmen der Bauindustrie, 1962

a) die Angebotsfrist

Bei der Bemessung der Angebotsfrist ist zu beachten, daß die Bewerber ihr Angebot in sorgfältiger Weise erarbeiten können. Andererseits sollte durch die Bemessung der Angebotsfrist der wettbewerbsoffene Charakter des Vergabeverfahrens nicht beeinträchtigt werden.

Während unter dem Aspekt der sorgfältigen Angebotsbearbeitung zweifelsfrei lange Angebotsfristen wünschenswert wären, ist eine eindeutige Empfehlung unter dem zweiten Aspekt nicht unbedingt gerechtfertigt. Während lange Angebotsfristen zwar geeignet sind, auch solchen Bewerbern die Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen, die z.B. im Ausland ansässig sind, besteht andererseits die Gefahr, daß zu lange Angebotsfristen von den Bewerbern zu Marktabsprachen benutzt werden¹⁾, womöglich einem solchen Argument entgegnet werden könnte, daß bei den heute zur Verfügung stehenden Kommunikationsmitteln diese Gefahr auch bei zu kurz bemessenen Angebotsfristen nicht auszuschließen ist.

Die VOB empfiehlt neuerdings folgende Regelung für die Bemessung der Angebotsfrist, wobei nach Ansicht von Fachleuten eine sorgfältige Angebotsbearbeitung nicht mehr an zu kurzen Angebotsfristen scheitern dürfte²⁾. Die Frist für die Bearbeitung und Einreichung der Angebote durch die Bieter soll danach nicht geringer als 10 Werktage sein; wenn Auftraggeber im Sinne der von der EG-Kommission in den Richtlinien über die Harmonisierung und Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens erarbeiteten Definition Bauaufträge mit einem Schätzwert von mehr als einer Million Recheneinheiten vergeben³⁾, soll die Angebotsfrist bei öffentlicher Ausschreibung 31 Werktage, bei beschränkter Ausschreibung und freihändi-

1) Vgl. Enquete, a.a.O., S.688.

2) Vgl. Ebenda, S.1097.

3) Vgl. Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 185/5 - 185/14.

- 95 -

ger Vergabe mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb 18 Werk-
tage nicht unterschreiten (§ 18 VOB/A).

b) die Zuschlags- und Bindefrist

Die Zuschlagsfrist beginnt mit dem Eröffnungstermin. In diesem Zeitraum sollen die abgegebenen Angebote vom Auftraggeber geprüft und bewertet werden. Da während der Zuschlagsfrist alle Bieter an ihr Angebot gebunden sind, ist bei der Bemessung dieser Frist ein Kompromiß zu schließen zwischen den Erfordernissen einer pflichtgemäßen Prüfung und Wertung der Angebote sowie einer möglichst geringen Bindung von Betriebskapazitäten, da ja nur ein Unternehmer den Zuschlag erhält, während die übrigen einen abschlägigen Bescheid erhalten und sich anderweitig um Aufträge bemühen müssen.

Die VOB sieht diesbezüglich vor, daß die Zuschlags- und Bindefrist keinesfalls länger als 24 Werktagen bemessen werden sollte. Dabei soll der für die Prüfung und Wertung der Angebote maximal gegebene Zeitraum möglichst unterschritten werden (§ 19 VOB/A).

c) Die Ausführungsfrist

Die Ausführungsfrist ist unter Berücksichtigung von Jahreszeit, Arbeitsverhältnissen und etwaiger besonderer Schwierigkeiten ausreichend zu bemessen (VOB/A § 11). Die VOB sieht vor, daß der Auftraggeber sowohl den Baubeginn als auch die Bemessung der Ausführungsfrist festlegt. In der Praxis werden jedoch des öfteren Endtermine vereinbart, d.h., daß in den Ausschreibungsunterlagen das Datum angegeben wird, bis zu dem der Auftragnehmer die geforderte Leistung zu erbringen hat. Wenn die Frist in Form von Arbeitstagen bestimmt ist und die Vertragsschließenden einen Termin für den Baubeginn nicht ausdrücklich festgelegt haben, so hat gemäß § 5 Nr.2 VOB/B der Auftragnehmer innerhalb von 12 Werktagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber mit der Ausführung zu beginnen.

Zumal im Stadium der öffentlichen Bekanntmachung einer Ausschreibung die Terminierung der Ausführungsfrist und des Baubeginns noch nicht in bezug auf ein konkretes Erfüllungssubjekt erfolgt, stellt die aufgrund von VOB/A und VOB/B zu praktizierende Form der Bemessung der Ausführungsfrist und der Bestimmung des Baubeginns den Auftraggeber vor eine schwierige Aufgabe. Da selbst dem Bauunternehmer in Kenntnis seiner fertigungstechnischen und kapazitativen Möglichkeiten die Bemessung der Ausführungsfrist infolge der oben aufgezählten Risikofaktoren Schwierigkeiten bereitet, besteht die Gefahr, daß der Auftraggeber, ohne dies zu beabsichtigen, die Möglichkeiten des noch zu bestimmenden Auftragnehmers falsch einschätzt, wobei insbesondere die kostenmäßigen Konsequenzen zu eng bemessener Ausführungsfristen derartige Fehleinschätzungen dokumentieren.

Hält der Auftragnehmer die Ausführungsfrist, die eine Vertragsfrist ist, nicht ein, so drohen ihm bestimmte Rechtsfolgen, wie z.B. Vertragsstrafen, Schadenersatz wegen Verzuges oder Entziehung des Auftrages¹⁾.

3.2. Normative Merkmale des aus der VOB/A erwachsenden Marktverhaltens öffentlicher Auftraggeber

Die VOB richtet sich an den Auftraggeber und erwartet von diesem ein wettbewerbliches Marktverhalten. Die normativen Aspekte dieses Marktverhaltens werden in diesem Abschnitt dargestellt.

3.2.1 Vergabegrundsätze, Rationalitätskriterien und Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber

Das Zielsystem des Nachfragers kann durch die folgenden Zielsetzungen charakterisiert werden, wobei die Beziehungen zwischen den einzelnen Zielsetzungen und die Rangordnung der Zielsetzungen von Auftraggeber zu Auftraggeber

1) Vgl. Ingenstau, H./ Korbion, H., a.a.O., S.235.

unterschiedlich ausgeprägt sein können:

- a) möglichst günstiges Preisangebot
- b) vertragsgerechte Erstellung der Bauleistung
- c) kurze Bauzeit
- d) hohes Qualitätsniveau der Bauleistung¹⁾.

Während dem Auftraggeber nicht im einzelnen vorgeschrieben ist, welche Ziele er zu verfolgen hat, sondern er lediglich an allgemeine Entscheidungsregeln im Sinne einer umfassenden Vergabeentscheidung gebunden ist, ist das Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber weitgehend durch die VOB/A determiniert.

Nach § 2 VOB/A soll bei der Vergabe von Bauleistungen der Wettbewerb die Regel sein. "Ungesunde Begleiterscheinungen, wie z.B. wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen sollen bekämpft werden" (VOB/A § 2 Nr.1).

Entgegen der in der Literatur verbreiteten Meinung, daß in § 2 VOB/A der Begriff des Wettbewerbs nur im Sinne einer Beteiligung mehrerer am Vergabeverfahren zu verstehen sei²⁾, wird durch den ausdrücklichen Hinweis auf wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen in der Neufassung vom November 1973 verdeutlicht, daß eine solche Betrachtungsweise den Intentionen des Vergabegrundsatzes wenig adäquat ist.

Der "Grundsatz der Vergabe" (§ 2 VOB/A) verlangt von den am Vergabeverfahren Beteiligten ein Marktverhalten, das frei von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen sein soll. Soweit der Auftraggeber in seinem Marktverhalten durch diesen Vergabegrundsatz festgelegt werden soll, bedeutet dies zunächst und bei isolierter Betrachtung nur, daß auch der öffentliche Nachfrager bei der Verfolgung seiner individuellen Zielsetzungen die Spielregeln markt-

1) Vgl. Enquete, a.a.O., S.13. Dort werden sogar noch weitere Ziele angeführt.

2) So allerdings: Ingenstau, H./ Korbion, H., a.a.O., S.88.

wirtschaftlicher Wettbewerbspolitik zu beachten hat und daß durch die in § 2 VOB/A in generalklauselartiger Formulierung verankerte Aufforderung zu einem wettbewerbskonformen Marktverhalten bestimmte Verhaltensweisen im Verdingungswesen für unerwünscht erklärt werden.

Während § 2 VOB/A offen läßt, wie man sich ein solches Marktverhalten vorzustellen hat, findet man an anderer Stelle der VOB zahlreiche Anhaltspunkte, die zeigen, welche Vorstellungen der Verdingungsausschuß von einem solchen Marktverhalten hat.

3.2.2 Gleichförmigkeit im Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber

Von dem Moment an, in dem die VOB regulierend in den Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse eingreift, werden öffentliche Auftraggeber in ihrem Marktverhalten durch die Vorschriften der VOB in starkem Maße beeinflußt. Daraus ergibt sich, daß das Nachfragerverhalten eine Fülle von Gemeinsamkeiten aufweist, die selbst dann zu beobachten sind, wenn strukturelle Merkmale in bauwirtschaftlichen Marktprozessen (Marktstellung von Anbietern und Nachfragern, strukturelle Merkmale der Bauleistung) äußerst verschieden sind.

Aus dieser Sicht muß die VOB für die öffentlichen Auftraggeber als wesentlicher Bestimmungsgrund des Marktverhaltens betrachtet werden, weil sie den Auftraggebern weitgehend vorschreibt, wie sie sich im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens zu verhalten haben¹⁾. Verschiedene Einzelbestimmungen der VOB bewirken eine Standardisierung des Marktverhaltens öffentlicher Auftraggeber in bauwirtschaftlichen Marktprozessen, wobei sich die einzelnen Ge- und Verbote zu einem Verhaltensmuster zusammenfügen lassen.

In diesem Zusammenhang sind insbesondere die folgenden Bestimmungen der VOB/A tauglich, ein gleichförmiges

1) Bei der freihändigen Vergabe trifft dies nicht ohne weiteres zu.

Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber herbeizuführen:

1. Nach § 17 Nr.6 VOB/A sind die Namen der Bewerber, die Verdingungsunterlagen eingesehen oder erhalten haben, vom Auftraggeber geheimzuhalten.
2. Wenn einem Bewerber über die Verdingungsunterlagen hinaus wichtige Aufklärungen über die geforderte Leistung oder Grundlagen der Preisermittlung gegeben werden, so müssen diese Informationen auch den Mitbewerbern unverzüglich gegeben werden (§ 17 Nr.7 VOB/A).
3. Bis zum Eröffnungstermin sind alle eingegangenen Angebote ungeöffnet unter Verschuß zu halten (§ 22 Nr.1 VOB/A).
4. Der Eröffnungstermin muß öffentlich abgehalten werden; die Öffentlichkeit ist durch die Bieter oder deren Bevollmächtigte herzustellen (§ 22 Nr.1 VOB/A).
5. Nach der Öffnung des ersten Angebotes eingehende Angebote dürfen vom Auftraggeber nicht mehr berücksichtigt werden (§ 22 Nr.2 VOB/A).
6. Während der Zuschlags- und Bindefrist darf der Auftraggeber mit einem Bieter grundsätzlich nicht über eine Änderung der Angebote oder Preise verhandeln (§ 24 Nr.3 VOB/A).
7. Die Ausschreibung darf nur unter bestimmten Voraussetzungen aufgehoben werden (§ 26 Nr.1 VOB/A).

Zwar kann gegen eine derartige Interpretation dieser Einzelbestimmungen eingewendet werden, daß die jeweiligen Ge- und Verbote sich vorwiegend nur auf formelle Aspekte des Marktverhaltens öffentlicher Auftraggeber beziehen, allerdings ist dies noch nicht gleichbedeutend damit, daß die Gleichförmigkeit im Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber lediglich eine "Förmlichkeit" darstellt.

So zielt § 17 Nr.6 VOB/A unmißverständlich darauf ab, daß durch die Geheimhaltungspflicht für den Auftraggeber eine Kontaktaufnahme zwischen den Bietern vor Abgabe des Ange-

bots und daraus sich ergebende Marktabspraken verhindert werden¹⁾.

§ 17 Nr.7 VOB/A versucht, für den Zeitpunkt bis zur Angebotsabgabe ein Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber auszuschließen, durch das die Chancengleichheit der Bewerber aufgehoben würde.

Auch das Gebot, die Angebote bis zum Eröffnungstermin unter Verschuß zu halten, hat die Funktion, die Chancengleichheit aller Bewerber zu wahren, wobei nach § 22 Nr.1 VOB/A besonderer Wert darauf zu legen ist, daß kein Unbefugter Kenntnis vom Angebot eines Bewerbers nehmen kann, um diese für sein eignes Angebot nutzbar zu machen bzw. diese Kenntnisse an andere weiter zu vermitteln²⁾.

Das Verbot, verspätet eingegangene Angebote zu berücksichtigen, dient der präventiven Abwehr aller Verdachtsmomente, die sich gegen den Auftraggeber, der solche zu spät eingehenden Angebote entgegennehmen würde, richten könnten. "Es soll alles vermieden werden, was auch nur den Anschein erwecken könnte, daß das Ausschreibungsverfahren nicht unter den gleichen Bedingungen für alle Bieter durchgeführt worden sei. Reicht ein Bieter verspätet sein Angebot ein, so kann bei den übrigen Bewerbern immer der Verdacht auftauchen, daß er den Inhalt bereits eröffneter Angebote gekannt und verwendet hat"³⁾.

§ 24 Nr.3 VOB/A schließlich soll die Bieter vor einem Verhalten des öffentlichen Auftraggebers schützen, mit dem dieser sich wirtschaftliche Vorteile auf dem Wege der Nachverhandlung zu sichern sucht, indem er den Bieter veranlaßt, nachträglich den Preis seines Angebotes zu senken. Mit dem Verbot von Nachverhandlungen wird solchen Praktiken des öffentlichen Auftraggebers die legale Basis entzogen, die das Ausschreibungsverfahren in seinem ordnungsgemäßen Ablauf, der darin besteht, daß dem annehmbarsten der abgege-

1) Vgl. Ingenstau, H./ Korbion, H., a.a.O., S.277.

2) Ebenda, S.321.

3) Ebenda, S.328.

benen Angebote der Zuschlag zu erteilen ist, beeinträchtigen könnten¹⁾.

Daß der Auftraggeber unter Anwesenheit der Bieter bzw. deren Bevollmächtigter einen Eröffnungstermin abhalten muß, in dem bei namentlicher Nennung der Bieter deren jeweilige Angebotspreise verlesen werden, soll den Bietern die Möglichkeit geben, die Ordnungsmäßigkeit des Auftragverhaltens sowohl in bezug auf die Verschlusshaltung der Angebote als auch in bezug auf die Vergabeentscheidung kontrollieren zu können. Da heute jedoch nicht mehr notwendigerweise dem Mindestfordernden der Zuschlag zu erteilen ist, sondern die Zuschlagserteilung innerhalb eines mehrstufigen Entscheidungsprozesses erfolgt, der für den Bieter nur unvollkommen transparent ist, ist diese Kontrollfunktion des Eröffnungstermins im Prinzip überholt²⁾.

Als weiteres Charakteristikum des Auftraggeberverhaltens während des Ausschreibungsverfahrens ist hervorzuheben, daß abweichend von den üblicherweise im Geschäftsverkehr vorherrschenden Gepflogenheiten hier die Ablehnung aller Angebote nicht ohne weiters möglich ist. Ausnahmsweise und unter bestimmten Voraussetzungen eröffnet die VOB dem Auftraggeber die Möglichkeit, das Ausschreibungsverfahren aufzuheben, wobei die Bieter unter Bekanntgabe von Gründen zu benachrichtigen sind. § 26 Nr.1 VOB/A nennt diese Gründe. Die Ausschreibung kann demnach dann aufgehoben werden:

- "a) wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht,
- b) wenn sich die Grundlagen der Ausschreibung wesentlich verändert haben,
- c) wenn andere schwerwiegende Gründe bestehen".

3.2.3 Die Vertragsfreiheit des Auftraggebers während des Vergabeverfahrens

Wenn Vertragsfreiheit beinhaltet, daß die Statthaftigkeit

1) Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.55.

2) Vgl. Enquete, a.a.O., S.1058.

eines Vertrages nur von allgemeinen Regeln abhängt¹⁾, darf die Möglichkeit zur Wahl des Vertragspartners sowie die Gestaltung der Vertragsbedingungen durch nichts als diese Regeln eingeengt sein.

Die Vertragsfreiheit als die Möglichkeit zur freien Wahl des Tauschpartners²⁾ konkretisiert sich bei Auftraggebern, die darauf verzichten, die VOB bei der Anbahnung und dem Abschluß eines Bauvertrages zugrunde zu legen, darin, daß ihnen bei der Auswahl des Bauunternehmens und der Gestaltung der Vertragsbedingungen keine anderen als die durch das BGB gezogenen Grenzen gesetzt sind.

Trotz der privatrechtlichen Konstruktion des Bauvertrages zwischen öffentlichem Auftraggeber und privatem Auftragnehmer bedingt dies jedoch nicht, daß der öffentliche Auftraggeber in gleichem Maße wie ein privater diese Vertragsfreiheit genießen kann³⁾.

Bei öffentlichen Auftraggebern, denen die Anwendung der VOB verbindlich vorgeschrieben ist, wird durch die VOB die Vertragsfreiheit tendenziell beschränkt. Der öffentliche Auftraggeber muß auf die Möglichkeit zur freien Wahl eines Auftragnehmers verzichten, da er diese Auswahl dem Ausschreibungsverfahren anheimstellt, in dem aufgrund vorgegebener Entscheidungsregeln stets dem annehmbarsten Angebot der Zuschlag erteilt werden soll.

Dieses Verfahren ist derart konzipiert, daß sich persönliche Präferenzen des Auftraggebers weder für noch gegen bestimmte Bewerber auswirken sollen, wobei man davon ausgehen kann, daß bei dem durch besondere Ordnungsbestimmungen geschützten Ausschreibungsverfahren eine nicht durch Leistungspräferenzen geprägtes Verhalten des Auftraggebers eher auszuschließen ist als bei dem formlosen Verfahren

1) Vgl. v. Hayek, F.A. - Die Verfassung der Freiheit, a.a.O., S.296.

2) So: Eucken, W. - Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Tübingen-Zürich 1955, S.278.

3) Vgl. Semler, F.-J., a.a.O., S.49.

der freihändigen Vergabe ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb.

Bedenkt man, daß die Vertragsfreiheit inhaltlich auch die Freiheit zur "irrationalen Kaufentscheidung" umfaßt¹⁾ und daß im Sinne dieser Rationalität auch die Bevorzugung bestimmter Unternehmer aus parteipolitischen, familiären und anderen nicht leistungsbedingten Gründen untrennbar mit dem Prinzip der Vertragsfreiheit zusammenhängt, schafft die VOB durch die Beschneidung der Vertragsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers zugunsten einer nur von sachlichen Gesichtspunkten bestimmten Entscheidungslogik, zumindest während des Ausschreibungsverfahrens, die Voraussetzungen für ein rationales Nachfragerverhalten. Dieser Aspekt sollte trotz der gravierenden Gegensätze, die in der Praxis zwischen einem solchen rationalen und dem tatsächlichen Nachfragerverhalten verschiedentlich festgestellt wurden, nicht übersehen werden, zumal derartige Diskrepanzen (Korruption, Selbstbegünstigung) vornehmlich im Bereich der kommunalen Auftragsvergabe aufgetreten sind, für den die VOB und daran anknüpfende Vergaberichtlinien erst seit kurzem verbindlich sind.

3.3 Der Einfluß der Baupreisverordnung auf den Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse

Die Preisbildung bei Bauaufträgen ist nicht ausschließlich dem Kräftespiel zwischen Angebot und Nachfrage überlassen, sondern wird insbesondere auch durch die Verordnung PR Nr.1/72 beeinflusst.

3.3.1 Entstehung, Rechtsnatur und Zweck der Baupreisverordnung

Auf dem Weg, eine konforme und zweckmäßige Gestaltung für die Preisbildung bei öffentlichen Bauaufträgen zu finden, ist die Verordnung PR Nr.1/72²⁾ das vorerst jüngste Glied in einer langen Reihe, die ihren Anfang mit der Baupreis-

1) Vgl. Herdzina, K., a.a.O., S.85.

2) Vgl. Beilage zu BAnz 1972 Nr.49 v.10.3.1972, BGBl I S.293.

verordnung vom 16.6.1939, der daran anknüpfenden Verordnung über die Preisermittlung aufgrund der Selbstkosten bei Bauleistungen für öffentliche Auftraggeber vom 25.5.1940 und den diese Verordnung ergänzenden Leitsätzen für die Selbstkostenpreisermittlung bei öffentlichen Auftraggebern nimmt.

Dienten die baupreisrechtlichen Vorschriften einst dem Zweck, den öffentlichen Auftraggeber vor einseitigen Vermögensverlagerungen zugunsten des privaten Auftragnehmers zu schützen, und wurde in diesem Sinne der Kostenersatz als Kriterium für die Preisermittlung zugrundegelegt, so mußte die Baupreisverordnung mit der Einführung der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung in ihrer Zielsetzung geändert werden.

So soll die BaupreisVO den Intentionen des Verordnungsgebers zufolge nunmehr bewirken, daß auch auf dem Gebiet des öffentlichen Bauauftragswesens marktwirtschaftliche Grundsätze in verstärktem Maße durchgesetzt werden.

§ 1 BaupreisVO bestimmt den Zweck dieser Verordnung:

"Für Bauleistungen aufgrund öffentlicher oder mit öffentlichen Mitteln finanzierter Aufträge dürfen höhere Preise als sie nach dieser Verordnung zulässig sind, nicht gefordert, versprochen, vereinbart, angenommen oder gewährt werden".

Da die Baupreisverordnung ihrer Rechtsnatur nach zwingendes öffentliches Recht verkörpert, muß die in ihr enthaltene Höchstpreisbegrenzung sowie das in § 16 verankerte Recht des Auftraggebers auf Überprüfung der Preise besonders beachtet werden, zumal die Tragweite der Verordnung PR Nr.1/72 sich daraus ergibt, daß mehr als zwei Drittel der wertmäßigen Nachfrage nach Bauleistungen in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallen.

Die Baupreisverordnung bestimmt, welche Art der Leistungsvergütung im konkreten Einzelfall anzuwenden ist. Darüber hinaus enthält sie allgemeine Formvorschriften zur Preisermittlung, die von den Auftragnehmern berücksichtigt wer-

den müssen; Es sind dies die Leitsätze für die Ermittlung von Preisen für Bauleistungen aufgrund von Selbstkosten (LSP/Bau), die der Verordnung als Anlage beigelegt sind.

3.3.2 Die Preistypen des Baupreisrechts

In der BaupreisVO wird unterschieden zwischen:

- a) Wettbewerbspreisen (§ 5)
- b) Listenpreisen (§ 6)
- c) frei vereinbarten Preisen (§ 12)
- d) Selbstkostenfestpreisen (§ 9)
- e) Selbstkostenerstattungspreisen (§ 10)
- f) Stundenlohnabrechnungspreisen (§ 11)

Die Tatsache, daß im Baupreisrecht von verschiedenen Preistypen ausgegangen wird, ist dabei in Zusammenhang mit den Besonderheiten bauwirtschaftlicher Leistungserstellung sowie der historischen Entwicklung des Baupreisrechts zu sehen.

Wettbewerbspreise sind aufgrund ihres Zustandekommens definiert. Eine hinreichende Definition des Wettbewerbspreises der BaupreisVO beinhaltet jedoch auch marktergebnisbezogene Kriterien. Wenn mehrere Angebote zur Auswahl stehen (Ausschreibung, freihändige Vergabe) und wenn vorausgesetzt werden kann, daß der Wettbewerb auf der Anbieterseite nicht beschränkt ist, bilden sich Wettbewerbspreise. Wettbewerbsbeschränkungen in diesem Sinne liegen besonders dann vor, wenn einer oder mehrere Anbieter eine marktbeherrschende Stellung innehaben oder wenn die Anbieter preisbeeinflussende Abreden getroffen haben¹⁾. Diesen Wettbewerbspreisen ist vor allen anderen Preistypen der Vorzug zu geben. Deshalb unterliegen sie grundsätzlich auch keinen preisrechtlichen Begrenzungen. Ist der Wettbewerb allerdings so wenig wirksam, daß ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Preis sichtbar wird, so dürfen auch diese Preise den Selbstkostenfestpreis der

1) Vgl. Amtliche Begründung zu § 7, wiedergegeben bei Daub, W. - Das Baupreisrecht der Bundesrepublik, 2. Aufl., Düsseldorf 1973, S.16.

Höhe nach nicht erheblich überschreiten, womit der Bezug zu einer Marktergebnisnorm hergestellt ist.

Bei Listenpreisen, als einem Unterfall der Wettbewerbspreise, handelt es sich um einen Preistyp, der vornehmlich bei marktgängigen Leistungen zugrundegelegt werden kann. § 6 sieht vor, daß dem öffentlichen Auftraggeber Vorteile (Rabatte, Skonti) in einer beim Vorliegen gleichartiger Verhältnisse üblichen Weise eingeräumt werden.

Die in § 12 BaupreisVO angesprochenen frei vereinbarten Preise können ebenfalls als ein Unterfall von Wettbewerbspreisen aufgefaßt werden. Es handelt sich dabei um solche Preise, die nicht innerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens zustandekommen und die sich zudem auch nicht auf solche Leistungen beziehen, die in Preislisten aufgeführt werden. Auch für die frei vereinbarten Preise gilt, daß sie nur dann zulässig sind, wenn sie den Selbstkostenfestpreis nicht so erheblich überschreiten, daß ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Preis entsteht.

Nur wenn eine marktwirtschaftliche Form der Preisbildung nach § 5,6 oder 12 BaupreisVO nicht möglich ist oder wenn der Wettbewerb auf der Anbieterseite beschränkt ist, dürfen Kostenpreise vereinbart werden.

Ein Unterschied besteht zwischen Selbstkostenfestpreisen einerseits, die aufgrund einer Vorkalkulation ermittelt und vereinbart werden, sowie den Selbstkostenerstattungs- und Stundenlohnabrechnungspreisen andererseits, bei denen die Vergütung der ~~a n g e f a l l e n e n~~ Kosten im Rahmen der LSP-Bau erfolgt.

Der Anwendungsbereich von Stundenlohnabrechnungspreisen zu Selbstkostenerstattungspreisen ist bereits sprachlich vorgegeben; § 11 BaupreisVO besagt, daß Stundenlohnabrechnungspreise nur dann vereinbart werden dürfen, "wenn es sich um Arbeiten geringen Umfanges handelt, die überwiegend Lohnkosten verursachen".

Erstattungs- bzw. Abrechnungspreise sind als ultima ratio des Baupreisrechts zu begreifen. Deshalb sollen sie nach § 10 Abs.4 BaupreisVO in Selbstkostenfestpreise umgewandelt werden, wenn sich während der Bauausführung zeigt, daß die Möglichkeit hierzu gegeben ist.

Diese Regelungen hinsichtlich der Kostenpreise lassen erkennen, daß auch der Verordnungsgeber die gesamtwirtschaftlich ungünstigen Folgen des mangelnden (bei der Vereinbarung von Selbstkostenfestpreisen) oder gänzlich fehlenden (bei der Vereinbarung von Selbstkostenerstattungspreisen) Leistungsanreizes bei der Vereinbarung von Kostenpreisen weitgehend zu vermeiden suchte¹⁾.

Gemäß der LSP-Bau Nr.43 ist vorgesehen, daß der kalkulatorische Gewinn bei Selbstkostenfestpreisen 6 v.H. und bei Selbstkostenerstattungspreisen 4 v.H. der Selbstkosten ohne Umsatzsteuer beträgt.

Das Schaubild Nr.10 gibt einen Überblick über die Preistypen der BaupreisVO in Hinblick auf die jeweils zulässige preisrechtliche Obergrenze²⁾.

1) Vgl. Diederich, H. - Der Kostenpreis bei öffentlichen Aufträgen, Heidelberg 1961, S.40 f., und Welter, E., aa.O., S.233 ff. Beide Autoren heben besonders hervor, daß die fehlenden Leistungsanreize die eigentliche Quelle der Unwirtschaftlichkeit bei der Vereinbarung von Kostenpreisen sind.

2) Quelle: Daub, W., a.a.O., S.194.

Haupttypen	Untertypen	Bestimmung der preisrechtlich zulässigen Obergrenze
A. Wettbewerbs-	1. bei auf der Anbieterseite nicht beschränktem Wettbewerb	Zulässig, soweit nicht der Selbstkostenfestpreis (vgl. C1) so erheblich überschritten ist, daß der Preis in auffälligem Mißverhältnis zur Leistung steht (Baupreis-VO 1972 § 5 Absatz 2)
	2. bei auf der Anbieterseite beschränktem Wettbewerb	Zulässig, soweit nicht der Selbstkostenfestpreis (vgl. C1) überschritten wird (Baupreis-VO 1972 § 7)
B. Listenpreise	1. unmittelbar geltende Listenpreise	Zulässig, soweit nicht der dem öffentlichen Bauauftraggeber gegenüber berechnete Preis den anderen (nicht öffentlichen) Auftraggebern gegenüber regelmäßig berechnete Preis überschritten wird (Baupr. VO 1972 § 7 Abs. 1)
	2. abgeleitete Listenpreise a) für vergleichbare Leistungen b) bei besonderen Verhältnissen	Angemess. Zuschläge zum Listenpreis nach B 1 zulässig/angemessene Abschläge v. Li-Preis nach B1 erforderlich (Baupreis VO § 6 Absatz 2) Angemessene Überschreitung d. Listenpr. nach B1 zulässig/angem. Unterschreitung d. Listenpr. nach B 1 erforderlich (Baupr. VO 1972 § 7 Absatz 3)
C. Selbstkostenpreise Vereinb. nur zul. wenn	3. bei auf der Anbieterseite beschränktem Wettbewerb	Zulässig, soweit nicht der Selbstkostenpreis (vgl. C1) überschritten wird
	1. Selbstkostenfestpreise 2. Selbstkosten-Erstattungs-Preis 3. Stundenlohnabrechnung. Preis Vereinb. nur zulässig. b. Arbeiten gering. Umf. (überwieg. Lohnk.)	Ermittlung d. höchstzuläss. Selbstkostenfestpreises auf Grund ein. Vorkalkul. nach LSP-Bau (Baupr. VO 1972 §§ 9+14) Ermittlung d. höchstzul. Selbstkosten erstatt. Pr. auf Grund v. Nachkalkul. nach LSP-Bau (Baupr. VO 72 §§ 10+14) Ermittlung d. höchstzul. Stundenlohnabrechnungspreises auf Grund v. Nachkalkul. nach LSP-Bau (Bau-Pr. VO 72 §§ 11 u. 14)
D. Frei vereinbarte Preise		Zulässig, soweit nicht der Selbstkostenfestpr. (vgl. C1) so erhebl. überschritten ist, daß der Preis in auffälligem Mißverh. z. Leistg. steht (Baupreis VO 1972 § 12)

3.3.3 Die Prüfung der Preise nach der BaupreisVO

Die Vereinbarung eines nach der BaupreisVO zulässigen Preistyps erfolgt je nach der Sachlage und deren subjektiven Einschätzung durch den Auftraggeber.

Unter Berücksichtigung der jeweils zulässigen preisrechtlichen Obergrenze eröffnet die BaupreisVO dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, die Preisforderung des Auftragnehmers auf ihre Zulässigkeit hin zu überprüfen. Da Verträge, die gegen die Vorschriften des Preisrechts verstoßen, von den Gerichten im allgemeinen nicht als nichtig behandelt werden, sondern zu dem preisrechtlich zulässigen Preis als abgeschlossen gelten¹⁾, läuft die Überprüfung des Preises auf eine nachträgliche Korrektur des Bauvertrages hinaus.

§ 16 BaupreisVO ermächtigt die für die Preisbildung und Preisüberwachung zuständigen Stellen, die Zulässigkeit eines Preises zu überprüfen. Zuständige Stellen in diesem Sinne sind das Bundesministerium für Wirtschaft als oberste Preisbehörde, die den Wirtschaftsministerien der Länder angegliederten Preisbildungsstellen sowie eine Vielzahl von Preisüberwachungsstellen in allen Bundesländern²⁾. Inhalt und Umfang der Preisprüfung hängen von dem zu prüfenden Preistyp ab. Während zum Preisnachweis bei den Selbstkostenfestpreisen die Vorkalkulation und bei den Selbstkostenerstattungs- und Stundenlohnabrechnungspreisen die Nachkalkulation jeweils auf der Grundlage der LSP-Bau geprüft werden und Listenpreise von den Preisbehörden daraufhin geprüft werden, ob

- a) der zu beurteilende Preis in einer Preisliste des Auftragnehmers geführt wird,
- b) dieser Preis den Auftragnehmern regelmäßig berechnet wird und

1) Vgl. Schreiben des Bundesministers der Justiz vom 26.5.1972 (Nr.7004/3-3-35960/72)

2) Vgl. Hereth, F./ Crome, H. - Baupreisrecht, 3.Aufl., München 1973. Auf den Seiten 497-499 findet sich ein vollständiges Verzeichnis aller Preisbehörden.

c) die in § 6 Abs.1 BaupreisVO angesprochenen Vorteile wie üblich gewährt werden, herrschte lange Zeit Unklarheit über den Umfang der Preisprüfung bei Wettbewerbspreisen und frei vereinbarten Preisen.

Während einerseits die Meinung vertreten wurde, daß sich die Prüfung der Preisbehörde im Falle von Wettbewerbspreisen auf eine Untersuchung des Zustandekommens dieses Preises beschränkt und daß demzufolge die Nachweispflicht des Auftragnehmers sich nicht auf die Zusammensetzung des Preises bezieht¹⁾, ist dieser Meinung inzwischen vom OLG Braunschweig widersprochen worden. Unter Betonung des Charakters der Baupreisverordnung als einer Höchstpreisverordnung ist dort festgestellt worden, daß auch bei Wettbewerbspreisen der Auftragnehmer auf Verlangen der Preisbehörde die Berechnungen und Überlegungen, auf denen die Bemessung des Preises beruht, lückenlos darzustellen und die schriftliche Preisermittlung (Kalkulation) vorzulegen hat, soweit eine solche vorhanden ist²⁾.

Bei der Überprüfung von Wettbewerbspreisen und frei vereinbarten Preisen ist die Preisbehörde verpflichtet, eine bestimmte Frist einzuhalten. § 16 Abs.4 BaupreisVO sieht vor, Daß Maßnahmen zur Prüfung derartiger Preise nur bis zur Erteilung des Zuschlages zulässig sind. Um einen ungestörten Ablauf der Planung und Ausführung des Auftrages sicherzustellen, muß dem Auftragnehmer das Prüfungsergebnis unverzüglich mitgeteilt werden. Für alle anderen Preistypen ist eine solche Regelung nicht vorgesehen; § 16 Abs.1 bestimmt lediglich, daß die zu einer Prüfung erforderlichen Unterlagen fünf Jahre aufzubewahren sind, vorausgesetzt, daß Bundesgesetze nicht eine längere Aufbewahrungszeit vorsehen.

Materielle Richtschnur der Preisprüfung sind die Selbstkosten, wie sie sich unter der Voraussetzung wirtschaft-

1) Vgl. Hereth, F./ Grome, H., a.a.O., S.53 f. Hier wird auch auf weitere Literatur hingewiesen.

2) Ebenda.

licher Betriebsführung und zweckmäßiger Arbeitsgestaltung ausgehend von den technischen und personellen Bedingungen in dem überprüften Unternehmen aufgrund der LSP-Bau ergeben.

Wenn die Preisbehörde Zuwiderhandlungen gegen die Baupreisverordnung feststellt, so werden diese nach den Buß- und Strafgeldvorschriften des Wirtschaftsstrafgesetzes geahndet (§ 18 BaupreisVO).

Bei Maßnahmen der Preisüberprüfung ergeben sich für die Preisbehörden Schwierigkeiten verschiedener Art. In der Literatur werden insbesondere zwei Problemkreise unterschieden. So muß einerseits der durch die LSP-Bau gesteckte kalkulatorische Rahmen für die Überprüfung der Selbstkosten lediglich als ein sehr grobschlächtiges Hilfsmittel zur Feststellung der Angemessenheit bestimmter Kosten betrachtet werden. Diederich bemerkt dazu, daß es wirklichkeitsfremd wäre zu glauben, alle Betrugsversuche und Irrtümer in den Kalkulationen der Auftragnehmer könnten von den Preisprüfern aufgedeckt werden. Aus diesem Grunde könnte auch ein Kostenpreis nicht zuverlässig festgestellt werden¹⁾. Andererseits wird den Preisbehörden zugemutet, die Zulässigkeit von Wettbewerbspreisen aufgrund von Marktergebniskriterien festzustellen²⁾. Beide Problemkreise werden im folgenden Teil der Arbeit nochmals aufgegriffen.

3.4 Der wettbewerbsrechtliche Rahmen für die öffentlichen Auftraggeber

Aufgrund des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen werden den Unternehmen bestimmte Formen des Marktverhaltens sowie bestimmte Maßnahmen untersagt. Ob und inwieweit diese Verbotsvorschriften des GWB auch auf die Beschaffungstätigkeit öffentlicher Auftraggeber angewendet

1) Vg. Diederich, H., a.a.O., S.204.

2) Vgl. dazu die Diskussion zwischen Markert und Röpke, die in Abschnitt 4.4.1 wiedergegeben wird.

werden sollen, geht aus dem Gesetz nicht unmittelbar hervor und bedarf deshalb der Klärung.

3.4.1 Die Anwendbarkeit des GWB auf die öffentlichen Auftraggeber

Adressaten des GWB sind die Unternehmen; zur Anwendbarkeit des GWB auf die öffentliche Nachfrage sieht § 98 Abs.1 GWB vor, daß dieses Gesetz auch Anwendung auf Unternehmen findet, "die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden, soweit in den §§ 99 - 103 nichts anderes bestimmt ist".

Neben dieser wettbewerbsrechtlichen Gleichstellung von Unternehmen unterschiedlicher Rechtspersönlichkeit im privatrechtlichen Geschäftsverkehr müssen selbst diese in die Ausnahmeregelungen der §§ 99 - 103 einbezogenen Unternehmen, die in der Verkehrs-, Versorgungs-, Kredit- und Versicherungswirtschaft vorgefunden werden, bei ihren beschaffungswirtschaftlichen Markthandlungen die Verbotsvorschriften des GWB beachten. Sie sind nur hinsichtlich ihres Leistungsangebots und sonstiger absatzmarktbezogener Aktivitäten von einer Anwendung der Verbotsvorschriften ausgenommen¹⁾.

In diesem Sinne ist das GWB ausnahmslos auf alle die Träger öffentlicher Nachfrage nach Bauleistungen anzuwenden, bei denen die Unternehmenseigenschaft vorausgesetzt werden kann. Besonders in Zusammenhang mit den Trägern behördlicher Nachfrage werden jedoch unterschiedliche Standpunkte dahingehend sichtbar, ob diesen die Unternehmenseigenschaft zuzubilligen ist.

So wird einerseits die Auffassung vertreten, daß Behörden, wenn sie Güter und Dienstleistungen über den Markt beschaffen, keine Unternehmen seien, weil sie diese Güter und Dienstleistungen zu finalen Zwecken nachfragen,

1) Vgl. Müller-Henneberg, H., a.a.O. Randnummer 5 zu §98.

d.h., daß die Nachfrage nicht in Hinblick auf eine weitere marktmäßige Verwertung erfolgt¹⁾.

Diese Analogie zu den privaten Haushalten, verbunden mit der Vorstellung einer lediglich "passiven" Teilnahme am Marktgeschehen, veranlaßt auch Müller-Henneberg, der beschaffenden Behörde die Unternehmenseigenschaft zu bestreiten²⁾.

Da sich das GWB jedoch seinem Sinn und Zweck nach gegen Machtballungen sowie wettbewerbspolitisch unerwünschte Verhaltensweisen richtet, erscheint es wenig adäquat, eine marktmäßige Befriedigung des Bedarfs Dritter bzw. eine aktive Teilnahme am Marktgeschehen als kartellrechtliche Voraussetzungen für die Unternehmenseigenschaft im Sinne dieses Gesetzes zu postulieren. Eine teleologische Interpretation des Unternehmensbegriffes muß jedes Gebilde als Unternehmen betrachten, das solche Machtballungen zu bilden oder wettbewerbspolitisch unerwünschte Verhaltensweise zu entfalten imstande ist³⁾.

Eine funktionelle Interpretation des Unternehmensbegriffes durch die Fähigkeit zur Herbeiführung einer Wettbewerbsbeschränkung läßt auch die behördlichen Nachfrager nach Bauleistungen als Unternehmen erscheinen, denn nur in diesem Sinne ist die kartellrechtliche Freistellung von Privathaushalten aus dem Gesamtzusammenhang des GWB heraus zu erklären, da diesen unterstellt wird, daß sie die wettbewerbsrechtlich geschützten Rechtsgüter nicht gefährden können. Demzufolge sind die einzelnen Vorschriften des GWB auch auf die behördlichen Auftraggeber anzuwenden.

1) Vgl. Müller-Henneberg, H., a.a.O. Randnummer 5 zu § 98.

2) Ebenda, Randnummer 3 zu § 1 in Verbindung mit Rdn.6 zu § 98.

3) In diesem Sinne: Schwarz, T., a.a.O., S.41 f; Mees, H.-K., a.a.O., S.543. Siehe auch Ganderberger, O. - Was ist ein Unternehmen, Heidelberg 1963, S.122.

3.4.2 Der wettbewerbsrechtliche Rahmen für öffentliche Bauherren

Als allgemeines Gesetz richtet sich das GWB gegen eine Vielzahl von Praktiken und Sachverhalten, die geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken. Infolge der Besonderheiten der öffentlichen Nachfrage (z.B. können behördliche Auftraggeber wegen der Bindung an relativ starre Haushaltsansätze nur in geringem Maße solche Strategien entwickeln, die auf einer Variation der mengenmäßigen Nachfrage basieren), speziell auch wegen der Besonderheiten der Nachfrage nach Bauleistungen, sind nicht alle der im Gesetz enthaltenen Bestimmungen für öffentliche Bauherren aktuell. Ausgehend von diesen Einschränkungen wird der (legale) Handlungsspielraum öffentlicher Bauherren insbesondere durch die folgenden Verbote berührt.

§ 1 Abs.1 GWB verbietet Verträge und Beschlüsse, die geeignet sind, "die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Dienstleistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen". Diese Bestimmung über die Unwirksamkeit von Kartellverträgen und -beschlüssen richtet sich gegen jene vertraglichen Formen auf Einigung beruhenden gleichförmigen Verhaltens, zu denen auch Gentlemen's agreements (Frühstückskartelle) zu zählen sind, bei denen die Fixierung von Aktionsparametern durch gemeinsamen Beschluß beschränkt oder gänzlich ausgeschaltet wird¹⁾.

Unter Berücksichtigung der zulässigen Ausnahmen vom allgemeinen Kartellverbot gemäß §§ 2-8 GWB müßte öffentlichen Auftraggebern durch § 1 Abs.1 GWB z.B. untersagt sein, solche Absprachen zu treffen, Beschlüsse zu fassen oder Verträge zu schließen, durch die sich mehrere Auftraggeber verpflichten, Preisvorbehalte oder Preisgleit-

1) Müller, H./ Gries, G./ Giessler, P. - Kommentar zum GWB, 3. vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Frankfurt 1974, Randnummern 52, 55 und 85 zu § 1 GWB.

klauseln nicht Bestandteil von Bauverträgen werden zu lassen.

Durch § 25 Abs.1 GWB, der das Verbot bewußten Parallelverhaltens außerhalb eines Kartells enthält, werden wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen verboten, bei denen in Form der abgestimmten Verhaltensweise der gleiche Zweck erreicht werden kann wie vermittels der durch § 1 Abs.1 GWB für unwirksam erklärten Kartelle.

§ 22 Abs.3 GWB ermächtigt die Kartellbehörde, marktbeherrschenden Unternehmen, soweit diese ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt mißbräuchlich ausnutzen, das mißbräuchliche Verhalten zu untersagen bzw. Verträge für unwirksam zu erklären. Im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen müssen solche öffentlichen Auftraggeber, die eine marktbeherrschende Stellung innehaben, insbesondere damit rechnen, daß ein sich im Preisdruck auf den Auftragnehmer, in der einseitigen Gestaltung der Vertragsbedingungen zu Lasten des Auftragnehmers oder in der sachlich nicht gerechtfertigten Weigerung, einen Vertrag abzuschließen, konkretisierender Mißbrauch von den Kartellbehörden beanstandet werden kann.

Nach § 26 Abs.1 GWB ist die Anstiftung zu einer Liefer- oder Bezugssperre verboten. Demnach ist es nicht statthaft, daß ein öffentlicher Auftraggeber andere Auftraggeber zu einer Auftragsperre gegen bestimmte Bauunternehmen anstiftet¹⁾.

§ 26 Abs.2 enthält das Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen, kraft dessen marktbeherrschende Unternehmen andere Unternehmen im Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandeln, noch unbillig behindern dürfen.

1) Vgl. Häring, H. - Das Wettbewerbs- und Kartellrecht in der Bauwirtschaft, Darmstadt und Berlin 1973, S.41.

4. Das Verhalten öffentlicher Auftraggeber sowie die staatliche Verordnungstätigkeit als Wettbewerbsbeschränkungen am Markt für Bauleistungen

Willkürliche Wettbewerbsbeschränkungen am Markt für Bauleistungen, die von öffentlichen Auftraggebern hervorgerufen werden, lassen sich auf die folgenden Probleme zurückführen:

1. die Marktmacht öffentlicher Auftraggeber und deren Mißbrauch, um besonders günstige Marktergebnisse zu erzielen und
2. die Fähigkeit des öffentlichen Auftraggebers, die Chancengleichheit der Bauunternehmen dadurch zu beeinträchtigen, daß er
 - a) bestimmte Firmen bevorzugt behandelt oder
 - b) bestimmte Anbieter von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausschließt oder sie dabei behindert¹⁾,
3. Marktabspraken sowie abgestimmtes Verhalten zwischen öffentlichen Auftraggebern.

In diesem Teil der Arbeit soll der Einfluß der VOB, der BaupreisVO und des GWB auf diese Probleme hin untersucht werden.

4.1 Ursachen und Erscheinungsformen der Beschränkung des Markzutritts

Innerhalb der durch die VOB gesteckten Grenzen ist jedes Vergabeverfahren geeignet, dem fiskalischen Ziel der sparsamen Beschaffung in optimaler Weise zu entsprechen. Wettbewerbspolitische Probleme ergeben sich speziell dann, wenn die freihändige Vergabe oder die beschränkte Ausschreibung aus anderen als den in § 3 Nr.4 und 5 VOB/A aufgezählten Gründen angewendet werden, wobei nicht die

1) In soweit auch: Semler, F.-J., a.a.O., S.2.

Verfahren selbst, sondern ihre nicht adäquate Anwendung die Kritik herausfordert.

So berichtet Schmitz, daß in der Praxis oft nicht geprüft wird, ob die öffentliche Ausschreibung anwendbar ist, sondern ob die beschränkte Ausschreibung oder die freihändige Vergabe in Betracht kommen. Dabei erleichtert es die interpretationsbedürftige Aufzählung der Anwendungsfälle der freihändigen Vergabe den Auftraggebern, sich im konkreten Einzelfall gegen die öffentliche Ausschreibung oder die beschränkte Ausschreibung zu entscheiden¹⁾.

Daraus ergeben sich verschiedene Probleme. Bevor diese dargestellt und beurteilt werden, soll mit der nachstehenden Tabelle das Verhalten öffentlicher Auftraggeber bei der Wahl der Vergabeart sichtbar gemacht werden. Tabelle Nr.8 gibt zwar nicht zu erkennen, ob die Auftraggeber bei der Wahl der Vergabeart die der VOB zugrundeliegende Rangfolge der Vergabeverfahren sachgemäß berücksichtigt haben, sie spiegelt jedoch die praktische Relevanz der einzelnen Vergabearten wider²⁾.

1) Vgl. Schmitz, E., a.a.O., S.55.

2) Quelle: Bauwirtschaft und Öffentliche Hand, a.a.O., S.126.

Tabelle Nr. 8: Wertmäßige Verteilung der öffentlichen Bauaufträge auf die verschiedenen Vergabearten nach Bauherrengruppen in VH

Vergabearten nach Bauherrengruppen	in VH aller Vergabearten				Zusammen
	Öffentl. Ausschreibungen	Beschränkte Ausschreibungen	Echte freihändige Vergaben nach VOB	Sonstige Vergabearten	
Bundesbehörden	79,5	17,0	2,2	1,3	100
Landesbehörden	58,2	32,2	9,1	0,5	100
Gemeindebehörden	52,5	39,9	7,4	0,2	100
Landkreise und Gemeindeverbände	56,3	32,8	10,5	0,4	100
Bundesbahn	19,9	52,5	9,3	18,3	100
Bundespost	75,8	22,7	1,2	0,3	100
Sonstige	25,1	53,2	12,1	9,6	100
Öffentliche Auftraggeber zusammen	58,1	33,0	7,2	1,7	100

Obwohl zu vermuten ist, daß die in der Regel öffentlich ausgeschriebenen Großaufträge diese Verteilung verzerren und in diesem Sinne eine von der Zahl der vergebenen Aufträge ausgehende Verteilung die Vorrangstellung der öffentlichen Ausschreibung innerhalb der Vergabearten nicht in dem in Tabelle Nr.8 ausgewiesenen Maße unterstreichen wird, kann die gelegentlich geäußerte Kritik, daß die meisten Aufträge freihändig vergeben und die wenigsten öffentlich ausgeschrieben werden, grundsätzlich als unbegründet zurückgewiesen werden¹⁾.

4.1.1 Ausschreibungsverfahren und Eröffnungstermin

Seit der Eröffnungstermin die ihm ursprünglich zgedachte Kontrollfunktion in Anbetracht einer weiterentwickelten und nun für die Bieter nicht mehr ohne weiteres zu durchschauenden Form der Vergabeentscheidung nur noch in geringem Maße erfüllen kann²⁾, konzentriert sich das wettbewerbspolitische Interesse auf die Informationsfunktion, die der Eröffnungstermin nunmehr vorrangig erfüllt, da anlässlich des Eröffnungstermins die Teilnehmer an Ausschreibungen sich sowohl über den Kreis der Konkurrenten als auch über deren Angebotspreise zuverlässig und umfassend informieren können.

So wird durch § 22 Nr.1 und 3 VOB/A - gewissermaßen unbeabsichtigt - eine "identifizierende Preismeldestelle"³⁾

1) Vgl. dazu die bei Schmitz wiedergegebenen Meinungen. Schmitz, E., a.a.O., S.55.

2) Vgl. S.99, wo die Vergabeentscheidung als mehrstufiger Entscheidungsprozeß dargestellt wird, in dem nicht ohne weiteres dem niedrigsten Angebot der Zuschlag zu erteilen ist.

3) Vgl. Hoppmann, E., Preismeldestellen und Wettbewerb, a.a.O., S.110 f. Hoppmann versteht unter identifizierenden Preismeldestellen solche Einrichtungen, die geforderte bzw. berechnete Preise, Rabatte, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen automatisch oder auf Anfrage an die Konkurrenten weitergegeben werden, wobei eine namentliche Nennung von Käufer oder Verkäufer erfolgt.

institutionalisiert, die eine nahezu vollkommene Markttransparenz auf der Angebotsseite herbeiführt, obwohl bei isolierter Betrachtung des einzelnen Ausschreibungsverfahrens der Eröffnungstermin zunächst nur eine hohe Bedingungs-transparenz herbeiführt, da er lediglich die Kenntnis historischer, d.h., die Zuschlagserteilung nicht mehr beeinflussender Daten vermittelt. Diese Betrachtungsweise, die der Vorstellung eines objektbezogenen Teilmarktes verhaftet ist, ist jedoch aus verschiedenen Gründen nicht adäquat¹⁾. Unbestreitbar liefert der Eröffnungstermin gerade bei der Vergabe solcher Aufträge, um die sich jeweils derselbe Kreis von Bietern bewirbt, und insbesondere auch dann, wenn laufend ähnliche Aufträge zu vergeben sind, solche Informationen, durch welche die Ungewißheit über das zukünftige Konkurrentenverhalten abgebaut wird²⁾. In diesem Sinne kann bereits die Identifizierung der Konkurrenten einen ersten Schritt im Hinblick auf die Bildung eines Submissionskartells bedeuten.

Doch auch dadurch, daß über die Auswertung von Ausschreibungsergebnissen, die den Bietern durch den Eröffnungstermin ermöglicht wird, Kalkulationsgewohnheiten der Konkurrenten transparenter werden und z.B. der Preisführer sein zukünftiges Preisverhalten nicht so sehr auf den eigenen Möglichkeiten, sondern auf einer Einschätzung der Möglichkeiten der Konkurrenten aufbaut, wird der Zwang, scharf kalkulierte Angebote abzugeben, gemindert.

Um ein solches oligopolistisches Preisverhalten bzw. die Kartellbildung nicht zu begünstigen, müßte es öffentlichen Auftraggebern ratsam erscheinen, solche Verfahren der Vergabe, bei denen kein Eröffnungstermin vorgeschrieben ist (freihändige Vergabe mit oder ohne öffentlichen Teilnehmerwettbewerb; andere Arten formloser Angebotsbeziehung), den Ausschreibungsverfahren vorzuziehen, da sie

1). Vgl. S.44 f.

2) Dies wird völlig übersehen von Ulbrich. Vgl. Ulbrich, K. - Die VOB - bewährtes Instrument der Marktwirtschaft, in: WuW 1966, S.481 f.

auf diese Weise den negativen Preiswirkungen einer zu hohen Erwartungstransparenz ausweichen können, zumal derartige Zuwiderhandlungen gegen die VOB in Zusammenhang mit der Wahl der Vergabeart von wissenschaftlicher Seite sogar ausdrücklich begrüßt werden¹⁾.

Bei solchen Empfehlungen sollte jedoch nicht übersehen werden, daß nicht bereits den Vergabearten der öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung die negativen Wettbewerbswirkungen einer nahezu vollkommenen Markttransparenz auf der Anbieterseite immanent sind, sondern daß diese Wirkungen allein durch die Bestimmung über den Eröffnungstermin herbeigeführt werden, so daß unter diesem Aspekt die Kritik an der Leistungsfähigkeit der Ausschreibung im Verhältnis zu anderen Vergabearten unbegründet ist.

Gerade auch infolge der eingangs erwähnten Entwicklung, aufgrund derer die Kontrollfunktion des Eröffnungstermins gemindert wurde²⁾, wäre es wettbewerbspolitisch wünschenswert, den Eröffnungstermin in der derzeit praktizierten Form zu modifizieren, d.h., dieser Institution den Charakter einer identifizierenden Preismeldestelle zu nehmen. Das würde erfordern, daß bei der Öffnung der Angebote von einer Anwesenheit der Bieter oder deren Bevollmächtigter abgesehen wird und daß damit auch die Verlesung der Angebotspreise unter namentlicher Nennung des jeweiligen Bieters außer Kraft gesetzt wird. Um auch in Zukunft zu gewährleisten, daß kein nach Ablauf der Angebotsfrist eingehendes Angebot berücksichtigt wird und daß die Angebote bei der Öffnung unversehrt sind, könnte der Eröffnungstermin beispielsweise unter notarieller Aufsicht abgehalten werden. Die dadurch entstehenden Kosten müßten allerdings von den Bietern getragen werden. Diese hätten nämlich nicht nur ein Interesse an der Unterbindung eines solchen Auftraggeberverhaltens, sondern sie würden bei der

1) Vgl. Hereth, F. - Wettbewerbsbeschränkung durch VOB, in: WuW 1965, S.915.

2) Vgl. Fußnote 1) auf S.117.

vorgeschlagenen Verfahrensweise auch in Höhe der Kosten entlastet werden, die bei der derzeit praktizierten Regelung infolge der Teilnahme am Eröffnungstermin anfallen.

Damit andererseits die allgemein positiv beurteilten Wettbewerbswirkungen einer hohen Bedingungs-transparenz¹⁾ weiterhin nutzbar gemacht werden können, sollte der Auftraggeber durch die VOB verpflichtet werden, das Ausschreibungsergebnis ohne namentliche Nennung des jeweiligen Vertragspartners den sich dafür interessierenden Unternehmen zugänglich zu machen. Obwohl in Anbetracht der jedem Bauunternehmen zugänglichen Kenntnisse der Verzicht auf eine namentliche Nennung die Identifikation des Bieters, dem der Zuschlag erteilt wird, wahrscheinlich nicht verhindert, ist bei dieser Vorgehensweise jedoch auszuschließen, daß sich ohne weiteres ein oligopolistisches Preisverhalten wird etablieren können. Zwar ist es jeweils dem einzelnen Bieter möglich, die Konkurrenzfähigkeit seines Angebotes an dem des erfolgreichen Teilnehmers zu messen, dieser hätte jedoch im Rahmen der hier vorgeschlagenen Verfahrensweise keine Möglichkeit, die Preise seiner Konkurrenten in Erfahrung zu bringen. Für ein Preisverhalten, bei dem der Preisführer sein zukünftiges Angebot an den (früheren) Angeboten des oder der Konkurrenten und nicht so sehr an den eigenen Möglichkeiten orientiert, fehlen somit die informationellen Voraussetzungen.

Aufgrund der hier vorgeschlagenen Modifikation könnte die wettbewerbspolitische Funktion des Ausschreibungsverfahrens demnach noch stärker betont werden. Zugleich würde eines der Motive für ein von der VOB abweichendes Verhalten der Auftraggeber bei der Wahl der Vergabeart beseitigt, zumal dieses Verhalten andererseits, wie noch zu zeigen ist, wettbewerbspolitisch nicht unbedenklich ist.

1) Vgl. dazu im einzelnen: Woll, A., a.a.O., S.212.
Herdzina, K., a.a.O., S.77.
Hoppmann, E. - Preismeldestellen und Wettbewerb,
a.a.O., S.110.

4.1.2 Beschränkungen des Marktzutritts im Bereich der kommunalen Auftragsvergabe

In bezug auf die Wahl der Vergabeart besteht im kommunalen Bereich eine spezifische Interessenlage, die wie folgt charakterisiert werden kann:

1. Die kommunalen Entscheidungsträger lassen sich in den Bann der Annahme ziehen, daß aus steuerlichen Gründen selbst höheren Angeboten solcher Unternehmen, die in ihrer Kommune gewerbesteuerpflichtig sind, auch unter fiskalischen Gesichtspunkten eher der Zuschlag erteilt werden sollte als niedrigeren Angeboten nichtortsansässiger Baufirmen, wenn der Steuerertrag die Preisunterschiede nivelliert¹⁾. Obwohl dieser Betrachtungsweise die wenig adäquate Vorstellung zugrundeliegt, daß die lokalen Bauunternehmen anderweitig keine Gewerbesteuerzahlungen bewirkende Leistung erbringen, scheint dieser Aspekt den Entscheidungshorizont des kommunalen Auftraggebers nach wie vor zu prägen²⁾.
2. Die für die Ausführung der Bauleistung in Frage kommenden Unternehmer sind mitunter in den kommunalen Bauausschüssen vertreten und machen in diesem Gremium ihren Einfluß für eine Beschränkung des Bewerberkreises auf lokale Bauunternehmen geltend.
3. Auch aus Gründen der Beschäftigungslage wird es vom kommunalen Auftraggeber als wünschenswert betrachtet, daß ein lokales Bauunternehmen den Auftrag bekommt.

Gelegentlich umgehen oder mißachten die kommunalen Auftraggeber die bestehenden Vergabebestimmungen, um eine im Sinne dieser spezifischen Interessen liegende Beschränkung des Kreises der potentiellen Anbieter herbeizuführen.

1) Vgl. Herbst, J., a.a.O., S.73.

2) Vgl. Enquete, a.a.O., S.658.

Sie wenden die beschränkte Ausschreibung oder die freihändige Vergabe an, obwohl eine öffentliche Ausschreibung der Bauleistung angebracht wäre, und engen auf diese Weise den Bewerberkreis a priori auf wenige bevorzugte Bieter ein. Somit wird durch derart verfahrenende Auftraggeber über die Wahl der Vergabeart die Entfaltung eines Leistungswettbewerbs verhindert oder zumindest beeinträchtigt.

Die wettbewerbspolitischen Bedenken gegenüber der freihändigen Vergabe und der beschränkten Ausschreibung richten sich demnach gegen die Eignung dieser Verfahren zur Beschränkung des Marktzutritts.

Diese für den Wettbewerbspolitiker keineswegs neue Erkenntnis¹⁾ ist zudem gerade unter marktergebnisbezogenen Gesichtspunkten deprimierend, weil der oder die von der Beschränkung des Marktzutritts betroffenen Bieter vermutlich bessere Angebote unterbreitet hätten. Der kommunale Auftraggeber handelt somit zugleich in Widerspruch zum fiskalischen Ziel der sparsamen Beschaffung, das er aber eventuell mit anderen Zielvorstellungen (z.B. Arbeitsplatzsicherung) abgewogen hat.

Darüber hinaus weisen solche Wettbewerbsbeschränkungen, bei denen Ausweichmöglichkeiten zu Lasten Dritter, in diesem Falle der finanzierenden Allgemeinheit, wahrgenommen werden können, eine beachtliche Immunität gegenüber behördlicher Aufklärung und wettbewerbsrechtlicher Verfolgung auf. Da die freihändige Vergabe und die beschränkte Ausschreibung die Herstellung der Öffentlichkeit verhindern können, werden auch aus dem Kreis der potentiellen Mitbewerber, die auf diese Weise vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, kaum Hinweise kommen können, die zur Aufdeckung solcher Verstöße gegen die VOB führen, so daß die rechtlichen Möglichkeiten zur Beseitigung solcher Mißstände in ihrer Wirksamkeit nicht überschätzt werden sollten.

1) Vgl. Gandenberger, O., a.a.O., S.267.

Rechtliche Möglichkeiten zur Bekämpfung dieser Formen diskriminierenden Marktverhaltens öffentlicher Auftraggeber sind jedenfalls gegeben. Das GWB kann über das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 gegen solche Auftraggeber herangezogen werden, die eine marktbeherrschende Stellung innehaben, während in den Fällen, in denen beim Auftragsgeber die Voraussetzungen für eine marktbeherrschende Stellung nicht vorliegen, dessen Verhalten an den Maßstäben der VOB/A gemessen werden kann, obwohl das in Zusammenhang mit Verstößen gegen die VOB/A gegebene Rechtsmittel der Dienstaufsichtsbeschwerde dem oder den betroffenen potentiellen Auftragnehmern

1. keinen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf Vornahme einer Handlung durch die Behörde als Bauherrin,
2. keinen Schadensersatzanspruch und
3. auch nicht das Recht gegenüber der Dienstaufsichtsbehörde einräumt, zu verlangen, daß diese Behörde überhaupt etwas unternimmt¹⁾.

Neben den rechtlichen Sanktionen ist jedoch auch die Möglichkeit zu beachten, daß die Förderung kommunaler Baumaßnahmen durch Bundes- und/oder Landesmittel mit der Verpflichtung verbunden werden könnte, die VOB/A bei der Anbahnung des Vertragsverhältnisses zugrunde zu legen und bei nicht ausreichend gerechtfertigten Abweichungen von der VOB den kommunalen Auftraggebern das Darlehen oder den Zuschuß zu kürzen. Dieser in der "Enquete über die Bauwirtschaft" unterbreitete Vorschlag, mit dem der Marktzutritt frei von sachlich nicht gerechtfertigten Beschränkungen gehalten werden könnte, wäre besonders dann erfolgversprechend, wenn die staatliche Kommunalaufsicht die ihr obliegende Überwachungspflicht nachdrücklicher als bisher wahrnehmen könnte²⁾.

1) Vgl. Ingenstau, H./ Korbion, H., a.a.O., S.47.

2) Vgl. ebenda, S.1044.

Wenn auf diese Weise die Förderung kommunaler Baumaßnahmen wettbewerbspolitisch instrumentalisiert werden kann, ist zu erwarten, daß die in diesem Zusammenhang beklagten Mißstände weitgehend beseitigt werden, da in praxi das Potential solcher Bauaufträge, die von den Auftraggebern jeweils nur an die ortsansässigen Bauunternehmen vergeben werden konnten, erheblich zusammenschrumpfen würde.

4.1.3 Die Wahl der Vergabeart als marktstrategische Verhaltensweise

In Verbindung mit der Wahl der Vergabeart ist das Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber auch noch unter anderen als den in Zusammenhang mit der kommunalen Auftragsvergabe diskutierten Auswirkungen in das Blickfeld der Kritik geraten.

In dem bereits zitierten Gutachten des Ifo-Instituts über das Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber wird eine Praxis kritisiert, bei der ohne Berücksichtigung der eigentlich maßgeblichen Gründe im Sinne des § 5 VOB/A die Wahl der Vergabeart in einen marktstrategischen Aktionsparameter umfunktioniert wird.

Ein Auftrag wird unangemessenerweise auf dem Wege der freihändigen Vergabe oder in einem anderen formlosen Verfahren vergeben¹⁾. Mit einem auf diese formlose Weise zur Ausführung des Bauvorhabens bestimmten Unternehmen werden Verhandlungen aufgenommen, im Rahmen derer der Auftraggeber nicht mehr an die das Ausschreibungsverfahren prägenden Ordnungsbestimmungen gebunden ist. In dem der öffentliche Auftraggeber sich bei der Wahl der Vergabeart für das formlose Verfahren der freihändigen Vergabe entscheidet, entledigt er sich der Bindungen seiner Vertragsfreiheit, insbesondere der Bindungen, die den Auftragnehmer vor einem Mißbrauch von Nachfragermacht schützen sollten, und schafft damit die Voraussetzungen, eine in marktstruktureller Hinsicht gegebenen-

1) Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.52.

Falls vorhandene Macht verhaltenswirksam umsetzen zu können. So ist es zum Beispiel bei den formlosen Verfahren der Auftragsvergabe dem Auftraggeber nicht untersagt, aktiv die Preisbildung für die zu erstellende Bauleistung zu beeinflussen. Im Gegenteil, ein solches aktives Nachfragerverhalten ist bei diesen Verfahren sogar eine notwendige Bedingung, um einen günstigen Auftragspreis zu erzielen.

Die aus fiskalischer Sicht zunächst positiv zu beurteilenden formlosen Vergabeverfahren, die ebenfalls dem Grundsatz der sparsamen Beschaffung gerecht werden können und den nach ihnen verfahrenenden Auftraggebern durchaus gute Marktergebnisse zu vermitteln in der Lage sind, erweisen sich jedoch, wenn sie aus marktstrategischen Erwägungen angewendet werden, als wettbewerbspolitisch sehr bedenklich.

Dabei ergibt sich die Gleichsetzung vergabewirtschaftlichen und wettbewerblichen Fehlverhaltens im Falle der Wahl der Vergabeart daraus, daß nur dem marktmächtigen Auftraggeber via freihändige Vergabe Erfolgsaussichten einzuräumen sind, den Auftrag zu den für ihn günstigsten Bedingungen zu vergeben. Der Druck, den ein marktbeherrschender Nachfrager auf die Höhe der Preise sowie die vertragliche Ausgestaltung bestimmter Konditionen auszuüben vermag, ist nämlich derart wirksam, daß solche Auftraggeber auf die Durchführung einer Ausschreibung und mithin auf die Aktualisierung der Anbieterkonkurrenz verzichten können, weil sie auch ohne dieses Verfahren Preise erzielen, die in der Regel nicht die Vollkosten der Auftragnehmer decken werden und auch im Verhältnis zu den Preisen, die andere Auftraggeber für diese oder vergleichbare Leistungen zu zahlen haben, sehr niedrig sind¹⁾.

Allerdings ist hierzu einschränkend zu bemerken, daß ein Auftraggeber sehr wohl seine Machtposition falsch einschätzen kann, um so mehr als die Macht oft nur zu ermessen

1) Vgl. Schwarz, T., a.a.O., S.109.

ist, wenn sie tatsächlich ausgeübt wird¹⁾, so daß gerade auch eine Fehleinschätzung der Marktmacht des Auftragnehmers oft die Ursache für eine Überschätzung der eigenen Stärke ist. Dieser subjektive Eindruck dürfte nicht zuletzt durch die in bauwirtschaftlichen Marktprozessen übliche Form der Angebotsbeziehung im Ausschreibungsverfahren verstärkt werden, bei der der Auftraggeber stets mehreren Bietern gegenübersteht.

In den Fällen, in denen Marktmacht lediglich in den subjektiven Vorstellungen des Auftraggebers existiert, werden die Intentionen des Auftraggebers jedoch sehr leicht ins Gegenteil verkehrt werden können; denn wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber in den Verhandlungen letztlich nur die psychologische Befriedigung gewährt, sich durch "großes Verhandlungsgeschick" ausgezeichnet zu haben, indem er sich von einem überhöhten Angebotspreis herunterhandeln läßt²⁾, ist zu vermuten, daß der sich in seiner Marktstellung überschätzende Auftraggeber bei einer Ausschreibung, die dem Bieter eine solche Preispolitik nicht erlaubt, sondern ihn vielmehr zu einer scharfen Kalkulation und Preisstellung anhält, besser abschneiden würde.

4.2 Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen des Vergabeverfahrens

Den Zugang zum Vergabeverfahren von willkürlichen Wettbewerbsbeschränkungen freizuhalten, stellt jedoch nur einen Teil der wettbewerbspolitischen Aufgabe dar. Auch während des Vergabeverfahrens ist der Mißbrauch und diskriminierendes Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber zu bekämpfen. Die Diagnose solcher Wettbewerbsbeschränkungen sowie die Diskussion von Vorschlägen zu deren Beseitigung erfolgt in diesem Kapitel.

4.2.1 Leistungswettbewerb und Vergabeentscheidungsverfahren

Die der VOB/A zugrundeliegende Konstruktion des Zuschlags

1) Vgl. Coser, L.A., a.a.O., S.161.

2) Vgl. Schmid, H., a.a.O., S.104.

auf das annehmbarste Angebot zu angemessenen Preisen ist in Hinblick auf ihre Eignung; bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einen solchen Anbieterwettbewerb zu begünstigen, in dem die Bieter alle Leistungsreserven mobilisieren müssen, keinesfalls unumstritten.

So gibt die Praxis immer wieder zu erkennen, wie die Handhabung der vergabepolitischen Norm des angemessenen Preises geradezu einen Widerspruch zum Zuschlag auf das günstigste Angebot entstehen läßt, welches als das niedrigste derjenigen Angebote definiert ist, die die Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllen oder übererfüllen¹⁾.

Um die Angemessenheit eines Preises zu ermitteln, wird in der Praxis mitunter sogar das höchste sowie das niedrigste der eingegangenen Angebote ausgeschlossen, bevor spezifische Überlegungen hinsichtlich der Angemessenheit durchgeführt werden²⁾. Bei "komplexeren" Verfahren zur Bestimmung der Angemessenheit wird zum Beispiel das Mittel der Angebotspreise, die von den Bietern gefordert werden, errechnet. Alsdann wird eine Prozentzahl festgelegt, um die das Mittel der Angebotspreise nicht unter- oder überschritten werden darf. Die innerhalb dieser Grenzen verbleibenden Offerten werden als angemessen betrachtet, während außerhalb dieses Bereiches liegende Angebote bei der Zuschlagserteilung nicht berücksichtigt werden³⁾. Da der angemessene Preis in diesem Sinne nicht durch Optimalitätskriterien bestimmt ist, kann bei dieser Art der Zuschlagserteilung - vorausgesetzt, daß der Prozentsatz auf $\pm 10\%$ festgesetzt wird - im Extremfall eine Offerte ausgewählt werden, die in preislicher Hinsicht 20% höher liegt als der Preis des günstigsten aller angemessenen Angebote⁴⁾.

1) Diese Definition trifft Schmid, H., a.a.O., S.105.

2) Vgl. den Hinweis in der Enquete, a.a.O., S.1116.

3) Vgl. Schmid, H., a.a.O., S.109.

4) Dieses Beispiel aus den Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission 2(1967), S.153, ist bei Schmid zitiert. Vgl. ebenda, S.109.

Mit einer derartigen Handhabung vergabepolitischer Normen, bei der grundsätzlich die niedrigsten Angebote ausgeschlossen werden, widersprechen die Auftraggeber sowohl den Bestimmungen der VOB als auch dem Gebot einer wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung. Wenn nicht die Unternehmung den Auftrag erhält, die am schärfsten kalkuliert, sondern jene, "die bei der Festsetzung des Angebotspreises ihren eigenen Verdienst angemessen berücksichtigt"¹⁾, so hat dies unter dem Gesichtspunkt der Leistungsgerechtigkeit geradezu absurde Auswirkungen auf die Bieterauswahl. Indem bei der Vergabe zu angemessenen Preisen das günstigste Angebot automatisch disqualifiziert wird, pervertiert diese Handhabung die Entfaltung eines Leistungswettbewerbs ausgerechnet in der Weise, daß der billigste Bieter durch Ausschluß bestraft wird.

Von diesen sich in den Marktergebnissen niederschlagenden Konsequenzen der Vergabe zu angemessenen Preisen nicht zu trennen sind außerdem die Erscheinungen, die in Zusammenhang mit der Wahl der Vergabeart diskutiert worden sind. So darf nicht übersehen werden, daß eine solche Praxis der Vergabeentscheidung gleichermaßen geeignet ist, den an dieser Stelle aufgeführten Formen der Diskriminierung von Bietern Vorschub zu leisten, da bei dieser Handhabung die Vergabeentscheidung in starkem Maße von subjektiven Einflüssen bestimmt werden kann.

Eine Regelung, die den Auftraggeber zwingt, explizite eine Begründung in die Akten aufzunehmen, wenn ein anderes als das billigste Angebot den Zuschlag erhält²⁾, könnte allein schon kraft der von ihr auf die Auftraggeberschaft ausgehenden suggestiven Wirkung dazu beitragen, daß Beeinträchtigungen des Leistungswettbewerbs durch eine unsachgemäße Handhabung der Vergabeentscheidung in Zukunft ausbleiben. Außerdem könnte eine solche Regelung

1) Vgl. Schmid, H., a.a.O., S.110.

2) Dieser Vorschlag ist bereits in der Enquete angedeutet worden. Vgl. ebenda S.1115.

den Rechnungsprüfungsbehörden die Wahrnehmung ihrer Kontrollaufgaben erleichtern.

Im Verhältnis zu den Nachteilen der Vergabe zu angemessenen Preisen nach der hier beschriebenen Methode würde der dieser Verfahrensweise nachgesagte Vorzug, daß durch sie eine unternehmerische Preispolitik vereitelt wird, die sich dahingehend auswirken könnte, daß der Unternehmer seinen Verpflichtungen gegenüber dem Auftraggeber, seiner Belegschaft, seinen Gläubigern und dem Staat nicht mehr nachkommen kann¹⁾, sehr teuer erkaufte werden müssen, zumal diese Gefahren durch eine sorgfältige Prüfung der Angebote auf Kalkulations- und Rechenfehler gemäß § 24 Nr.1 VOB/A auch beim Zuschlag auf das günstigste Angebot wirksam abgewendet werden könnten.

Allerdings sollte nicht außer acht gelassen werden, daß die überwiegend als Architekten und Ingenieure ausgebildeten Beamten in den Bauämtern in der Regel nicht die erforderliche kaufmännische Qualifikation besitzen und daß eine sachgerähte Beurteilung der Angebotspreise an Gründen scheitern kann, die sich aus der unzulänglichen Ausbildung dieser Beamten in Fragen des Verdingungswesens ergeben, so daß in diesen Fällen die Anwendung der hier kritisierten Methoden zur Feststellung der Angemessenheit eines Preises gewissermaßen einen Akt der Hilflosigkeit der so verfahrenen Auftraggeber darstellen, wobei diese Diagnose zugleich den Ansatzpunkt für eine erfolgversprechende Therapie offen legt²⁾. Dieser Hilflosigkeit könnte neben einer den Erfordernissen des Verdingungswesens gerecht werdenden Ausbildung, insbesondere auch durch Maßnahmen zur Erhöhung der Preisübersicht, entgegengewirkt werden. Zumal sich - infolge der heterogenen

1) In diesem Sinne ist vermutlich die Wettbewerbsregel Nr. 3 zu verstehen. Vgl.- Die Wettbewerbsregeln der Bauindustrie, wiedergegeben bei: Ingenstau, H./Korbion, H., a.a.O., S.354.

2) Die Verbesserung der Ausbildung und Fortbildung der Auftraggeber in Fragen des Verdingungswesens wird nachdrücklich auch in der Enquete gefordert. Ebenda S.1142.

Nachfrage nach Bauleistungen¹⁾ - das Problem der Preisübersicht am Markt für Bauleistungen in aller Schärfe stellt, könnten solche Maßnahmen vornehmlich für die Auftraggeber von Vorteil sein, bei denen aufgrund eines quantitativ geringen Auftragsvolumens die Voraussetzung für die Durchführung von Preisvergleichen nicht gegeben ist. In diesem Sinne könnte z.B. die Institutionalisierung von Preismeldestellen, wie sie sich in Gestalt des Städte- bzw. Gemeindetages ansatzweise bereits gebildet haben, forciert werden. Soweit dadurch allen Auftraggebern lediglich Informationen zu einer Erhöhung des Preisbewußtseins sowie der Qualitätstransparenz zugänglich gemacht werden, haben solche Preismeldestellen nämlich durchaus positive Wettbewerbswirkungen²⁾.

Der Entfaltung eines Leistungswettbewerbs kontroverse Vergabeentscheidungen sollten jedenfalls durch gezielte Maßnahmen zur Förderung der Preis- und Qualitätstransparenz sowie andererseits durch solche Maßnahmen, welche die Kenntnisse der Auftraggeber in der Kostenschätzung und -beurteilung erhöhen, weitgehend verhindert werden können.

4.2.2 Nachverhandlungen als wettbewerbspolitischer Mißstand

Abweichend von den in § 24 Nr.1 VOB/A abschließend aufgezählten Voraussetzungen nutzen die Auftraggeber den ihnen nach dem Eröffnungstermin ausnahmsweise eingeräumten Verhandlungsspielraum immer wieder dazu aus, die Bieter nachträglich zum Senken ihrer Angebotspreise zu veranlassen.

1) Vgl. S.45.

2) Vgl. dazu: Geisbüsch, H.G., a.a.O., S.62, der in Zusammenhang mit solchen Preismeldestellen allerdings nur die Gefahr von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen sieht, ohne dies näher zu erläutern. Preismeldestellen der Anbieter sollten jedoch nicht vorbehaltlos mit Preismeldestellen der Nachfrager gleichgestellt werden.

Diese fast schon zum typischen Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber zu zählende Mißachtung einer Vergabevorschrift, die von den in die bereits genannte Untersuchung des Ifo-Instituts einbezogenen Bauindustriefirmen bei durchschnittlich jeder zehnten Beteiligung an einem Ausschreibungsverfahren registriert wurde, kann den Ablauf bauwirtschaftlicher Austauschprozesse auf unterschiedliche Weise beeinflussen¹⁾.

Ist der Auftraggeber wegen notorischen Feilschens bekannt und geben die Firmen aus diesem Grunde vorsorglich höhere Angebote ab, so mindert diese Mißachtung der Vergabeordnung einerseits den Zwang zur Abgabe realistischer Angebote, wobei dies allerdings nur unter der weiteren Voraussetzung gilt, daß die Bieter ihr Verhalten bei der Angebotsabgabe in irgendeiner Form abgestimmt haben.

Zum anderen rückt die Nachverhandlung in solchen Fällen, in denen die Auswahlmöglichkeiten der Bieter faktisch, d.h., im Sinne eines abgegrenzten Marktes, auf nur wenige Auftraggeber begrenzt sind, in die Nähe des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Insbesondere, wenn der Auftraggeber in der Lage ist, einen leistungsfähigen und zuverlässigen Bieter auf das niedrigste Angebot eines anderen Bieters herunterzudrücken, der dem Auftraggeber jedoch nicht zur Ausführung dieses Auftrages geeignet erscheint, liegt es nahe, einen Machtmißbrauch zu vermuten, obwohl die diese Vermutung stützende Implikation, nach der ein Auftragnehmer sich nur einem marktbeherrschenden Nachfrager beugen wird, gerade unter den weiter oben dargelegten Voraussetzungen nicht unbedingt zwingend erscheint²⁾.

Aus diesem Grunde kann auch nicht näher bestimmt werden, ob dem wirtschaftlichen Interesse des Auftraggebers tat-

1) Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.142.

2) Vgl. S.126 f.

sächlich besser gedient ist, wenn er das Verbot von Nachverhandlungen nicht befolgt. In der Literatur wird diese Frage dahingehend beantwortet, daß die ökonomischen Wirkungen unzulässiger Preisverhandlungen infolge zum Teil gegeneinander aufrechenbarer Wirkungen nicht sehr groß sein dürften¹⁾.

Es erscheint paradox, daß das Verbot von Nachverhandlungen letztlich nur deshalb in Zweifel zu ziehen wäre, weil solche Nachverhandlungen zur Bekämpfung von Preisabsprachen und Submissionskartellen auf der Anbieterseite tauglich sind. Greift man die in der Enquete enthaltene Anregung auf²⁾, alle bestehenden Möglichkeiten zur Bekämpfung von Marktabsprachen zu prüfen, so kann nicht übersehen werden, daß die Funktionsfähigkeit solcher Absprachen, die auf dem Prinzip einer organisierten Verteilung von Bauaufträgen an jeweils im voraus bestimmte Unternehmen zu "geschützten" Preisen³⁾ beruhen, durch Nachverhandlungen empfindlich gestört werden kann⁴⁾. Indem Nachverhandlungen die turnusmäßige Vergabe des Auftrags an den jeweils vorgesehenen Bieter außer Kraft setzen können, wird der innere Zusammenhalt der an einem Absprachering Beteiligten vor die Zerreißprobe gestellt. Dabei ist abzusehen, daß das Kartell auseinanderbricht, wenn sich gegen das Gruppeninteresse gerichtete Entscheidungen einzelner Kartellisten häufen.

1) Zweifel werden z.B. in der Enquete geäußert, vgl.: ebenda, S.1047. Ebenso: Schmid, H., a.a.O., S.104, und Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.143.

2) Vgl. Enquete, a.a.O., S.684.

3) Diese Preise werden deshalb als geschützt bezeichnet, weil sie von den Mitbewerbern vereinbarungsgemäß nicht unterboten werden.

4) Vgl. Herbst, H.-J., a.a.O., S.68 f, der die Funktionsweise von Abspracheringen beschreibt.

Während in Anbetracht des Versagens der Kartellbehörden bei der Ermittlung von Verstößen gegen das Verbot von Preisabsprachen eine solche nicht-rechtliche Möglichkeit der Kartellbekämpfung gemessen an ihrer Wirksamkeit zweifelsohne positiv zu beurteilen wäre, birgt diese Form der Kartellbekämpfung im Do-it-yourself-Verfahren ihrerseits jedoch auch Gefahren für eine Entfaltung des Wettbewerbs, so daß in diesem Falle die Beseitigung eines Mißstandes mit der Existenz eines anderen Mißstandes erkauft werden müßte.

Selbst der pragmatische Wettbewerbspolitiker könnte Verstöße gegen § 24 Nr.1 VOB/A nur unter dem Gesichtspunkt des kleineren Übels rechtfertigen.

4.2.3 Mißbräuchliches Verhalten bei der Aufhebung der Ausschreibung

Unter der Voraussetzung eines unbeschränkten Leistungswettbewerbs auf der Anbieterseite ist das Ausschreibungsverfahren darauf ausgerichtet, das für den Auftraggeber optimale Angebot zu finden, da jedem Anbieter der Zutritt zu dieser Wettbewerbsveranstaltung offen steht. Gerade weil das Ausarbeiten der Angebote mit teilweise beträchtlichem materiellen sowie geistigen Aufwand für die Bieter verbunden ist¹⁾, ist es verständlich, daß eine Ausschreibung nur dann aufgehoben werden soll, wenn dafür schwerwiegende Gründe sprechen.

Obwohl die Bindung der Aufhebung an besondere Voraussetzungen zweifellos von der Vorstellung bestimmt ist, eine solche Entscheidung nicht in das freie Ermessen des Auftraggebers zu stellen, wird diese Vorstellung in der Praxis vielfach in ihr Gegenteil verkehrt.

Dafür ist nicht zuletzt die nur sehr vage Vorschrift des § 26 Nr.1c VOB/A verantwortlich, nach der die Ausschreibung auch aufgehoben werden kann, wenn dafür andere

1) Vgl. Schmid, H., a.a.O., S.105. Vgl.auch das Beispiel auf S. 85.

schwerwiegende Gründe als die unter a) und b) explizite aufgeführten sprechen¹⁾. Infolge des weiten Rahmens, der durch diese auslegungsbedürftige Voraussetzung gesteckt wird, fällt es den Auftraggebern nicht schwer, ihre Entscheidung bezüglich der Aufhebung über § 26 Nr.1c zu rechtfertigen, womit jedoch der Aufhebung der Ausschreibung der Charakter einer Ausnahmeregelung genommen werden kann.

Analysiert man die Beweggründe, welche Veranlassung zu einer Aufhebung der Ausschreibung boten, so deuten empirische Untersuchungen des Vergabeverhaltens öffentlicher Auftraggeber darauf hin, daß diese sich von einem solchen Schritt eine Verbesserung der Ausschreibungsergebnisse sowohl in preislicher als gegebenenfalls auch in qualitätsmäßiger Hinsicht versprechen.

In der Untersuchung des Ifo-Instituts wurden zum Beispiel vielfach Fälle registriert, in denen Auftraggeber die Ausschreibung mit der Begründung aufgehoben haben, daß die Angebotspreise übersetzt seien, wobei diese Begründung allerdings auf dem subjektiven Urteil des Auftraggebers beruht. Dieser kürzt sodann den Preis des niedrigsten Angebotes und versucht, den Auftrag in einem der VOB fremden Verfahren zu diesem reduzierten Preis zu vergeben²⁾. Daß jedoch die subjektive Einschätzung der Angebotspreise durch den Auftraggeber das geeignete Maß ist, anhand dessen zu beurteilen ist, ob durch die Höhe der Angebotspreise ein schwerwiegender Grund geschaffen wurde, ist sehr umstritten, zumal unterstellt werden kann, daß Nachfrager von ihnen geforderte Preise tendenziell für überhöht halten und somit ein Grund zur Aufhebung nahezu immer vorhanden wäre. Die Forderung, die Aufhebung in solchen Fällen von einer Prüfung durch die Preisbehörde abhängig zu

1) In diesem Sinne kann die in § 26 VOB/A enthaltene Aufzählung der Voraussetzungen wohl auch nicht als "abschließend" ausgelegt werden. So jedoch: Ingenstau, H./ Korbion, H., a.a.O., S.379.

2) Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.57.

machen¹⁾ - zu prüfen wäre, ob eine Überhöhung des Wettbewerbspreises vorliegt - , scheint trotz der kostenorientierten Prüfweise zu geeigneteren Anhaltspunkten zu führen²⁾, wenngleich aus grundsätzlichen Erwägungen, die im nächsten Kapitel dargelegt werden, diese Methode ebenfalls abgelehnt werden könnte.

Zumindest könnte diese Regelung solche eklatanten Fälle wirksam unterbinden, in denen die Aufhebung der Ausschreibung schlechterdings als preispolitischer Aktionsparameter gehandhabt wird. Außerdem würde durch die Einschaltung der Preisbehörden die Möglichkeit geschaffen, zugleich etwaigen Verdachtsmomenten, die auf Preisabreden der Anbieter hindeuten, nachzugehen.

Die Aufhebung der Ausschreibung sollte auch nicht dazu angewendet werden, um nicht berücksichtigte Angebote und Ausarbeitungen der Bieter für eine neue Ausschreibung nutzbar machen zu können³⁾. Diese Situation kann jedoch insbesondere dann eintreten, wenn bei einer Ausschreibung ein vorzugswürdiges Alternativangebot im Sinne von § 17 Nr.4 Satz 3 VOB/A abgegeben wird und der Auftraggeber seinerseits in der Hoffnung, daß eine erneute Ausschreibung auf der Basis dieses Alternativangebots für ihn günstigere Ergebnisse haben wird, die Ausschreibung aufhebt. Die Aufhebung der Ausschreibung ist in solchen Fällen keinesfalls gerechtfertigt, da schwerwiegende Gründe nicht vorliegen. Im Gegenteil, die Vorzugswürdigkeit des Alternativangebotes wäre zumindest unter qualitätsmäßigem Aspekt als Merkmal für die Übererfüllung der Erwartungen zu werten, die der Auftraggeber an das Ausschreibungsverfahren geknüpft hat.

1) Diese Forderung ist in der Untersuchung des Ifo-Instituts implizite enthalten. Vgl. ebenda: S.57.

2) In der Praxis wird geprüft, um wieviel Prozent die jeweiligen Preise höher liegen als ein aufgrund der LSP-Bau ermittelter Selbstkostenfestpreis.

3) Diese Strategie wird in der Untersuchung des Ifo-Instituts hervorgehoben. Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.103.

Ein solches Verhalten des Auftraggebers verletzt zudem das geistige Urheberrecht des Bieters, das durch § 27 Nr.2 VOB/A ausdrücklich geschützt ist¹⁾, und neutralisiert den Wettbewerbsvorteil eines gelungenen Alternativangebotes²⁾. Die mit einem solchen pflichtwidrigen Verhalten erzielbaren Vorteile für den öffentlichen Auftraggeber müssen fernerhin in Zusammenhang mit den Nachteilen gesehen werden, die durch dieses Verhalten hervorgerufen werden. In dieser Hinsicht sollten die negativen Auswirkungen eines solchen Fehlverhaltens auf die Bereitschaft der Bieter zur Ausarbeitung von Sondervorschlägen nicht unterschätzt werden.

Diese Einsicht sollte jedenfalls die jeweils zuständigen Aufsichtsbehörden dazu veranlassen, ihre Strategie des stillschweigenden Tolerierens solcher Verstöße gegen die VOB aufzugeben.

4.3. Die generelle Tauglichkeit der VOB zur Verhinderung von Machtmißbrauch und diskriminierendem Marktverhalten

Eine Verdingungsordnung, die

1. von der Vorrangstellung der öffentlichen Ausschreibung im System der Vergabearten ausgeht,
2. vom Zuschlag auf das annehmbarste Angebot bestimmt ist,
3. nachträgliche Preisverhandlungen verbietet sowie
4. die Aufhebung der Ausschreibung nur beim Vorliegen schwerwiegender Gründe gestattet,

läßt es nahezu irrelevant erscheinen, ob eine Bauleistung von einem marktmächtigen oder einem nicht-marktmächtigen Auftraggeber vergeben wird.

Ein entscheidender Vorzug der VOB ist gerade darin zu sehen, daß die in ihr enthaltenen Vorschriften auch das

1) Vgl. Ingenstau, H./Korbion, H., a.a.O., S.380.

2) Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.103.

Marktverhalten der nichtmarktbeherrschenden öffentlichen Auftraggeber prägen sollen, so daß die VOB sich allgemein gegen eine Diskriminierung von Bietern richtet und nicht, wie etwa das Diskriminierungsverbot des G/WB, nur gegen diskriminierendes Marktverhalten marktbeherrschender Unternehmen.

Darüber hinaus ist die VOB/A, indem sie sowohl dem Auftraggeber - vergleiche die unter 1., 3. und 4. aufgeführten Sachverhalte - als auch dem Auftragnehmer - z.B. die Bindung des Bieters an sein Angebot bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist - bestimmte Marktpflichten auferlegt, keine einseitige Vorschrift in dem Sinne, daß durch sie eine Marktseite im Verhältnis zur anderen schlechter gestellt wird. Dagegen spricht nicht zuletzt auch die zunehmende Bedeutung der VOB in solchen Marktbeziehungen, in denen die Anwendung der VOB bei der Anbahnung und dem Abschluß eines Bauvertrages auf freiwilliger Basis vereinbart wird.

Man muß deshalb unter der Voraussetzung einer strikten Beachtung der VOB/A sowohl die Tauglichkeit dieser Verordnung zur Verhinderung diskriminierenden Marktverhaltens der Auftraggeber als auch ihre Eignung zur Neutralisierung bestehender Marktmacht generell bejahen.

Der Umkehrschluß, daß über eine Veränderung einzelner Bestimmungen der VOB/A der Gefahr eines Machtmißbrauchs bzw. der Diskriminierung wirksamer entgegnet werden könnte, dürfte jedenfalls schwer zu führen sein. So ist es bezeichnend für diese Auffassung, daß sich Beschwerden und Klagen über das Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber, soweit sie sich auf Sachverhalte beziehen, die in der Verdingungsordnung geregelt werden, auch nicht - mit der Einschränkung bezüglich des Eröffnungstermins - gegen die VOB/A selbst richten, sondern dagegen, daß sie bei der Anbahnung und dem Abschluß von Bauverträgen nicht zugrundegelegt wird¹⁾ bzw. daß Auftraggeber in Widerspruch zur VOB handeln, wobei sich die Auftraggeber mitunter eine Auslegung einzelner Bestimmungen zu eigen machen, die, begünstigt durch die

1) Zu diesem Ergebnis gelangt die Untersuchung des Ifo-Instituts. Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.58 f.

Interpretationsbedürftigkeit eindeutiger zu fassender Begriffe - dies ist bei der Aufhebung der Ausschreibung dargestellt worden - ,den Intentionen der VOB keinesfalls adäquat ist¹⁾.

Wenn es demnach symptomatisch für die von öffentlichen Auftraggebern hervorgerufenen Mißstände im Vergabewesen ist, daß sie sich auf Abweichungen von der VOB zurückführen lassen, wird es zu einer vergabepolitisch vordringlichen Aufgabe, die Verhaltenswirksamkeit der VOB/A zu erhöhen. Hier ist, soweit die rechtliche Verpflichtung für die öffentlichen Auftraggeber zu einer verbindlichen Anwendung der VOB einen positiven Beitrag zur Lösung dieser Aufgabe leisten kann, durch die nunmehr in allen Bundesländern abgeschlossene Reform der Gemeindehausordnungsordnung bereits eine Verbesserung gegenüber dem Berichtszeitraum eingetreten, der den in dieser Arbeit berücksichtigten empirischen Untersuchungen sowohl der Enquete-Kommission als auch des Ifo-Institutes zugrunde liegt, denn zu dieser Zeit bestand für die kommunalen Auftraggeber noch keine rechtliche Verpflichtung zur Anwendung der VOB oder daran anknüpfender Verwaltungsanordnungen. Allein dadurch läßt sich die Verdingungswirksamkeit jedoch nicht im gewünschten Sinne ändern. Dazu wäre es u.a. auch erforderlich, daß die Auftragnehmer rechtliche Schritte gegen das der VOB widersprechende Verhalten der Auftraggeber veranlassen. Nur so könnten diejenigen Auftraggeber nachhaltig auf ihre Marktpflichten hingewiesen werden, deren Verhalten in Widerspruch zur VOB steht. Solange die Bauunternehmen Beschwerden lediglich durch ihre Verbände gegenüber den zuständigen Bundes- und Länderministern artikulieren lassen, werden Verstöße gegen die VOB ohne direkte Folgen für die Auftraggeber bleiben, die ihren Marktpflichten nicht nachgekommen sind. Zwar können auf diesem Wege Wettbewerbsbeschränkungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge neben einer breiten Öffentlichkeit zugleich auch den wirtschaftspolitischen Entscheidungszentren mitgeteilt werden, die

1) Zu diesem Ergebnis gelangt Schmitz, E., a.a.O., S.55.

Wirkung, die von dieser Art der Verbandstätigkeit ausgeht, ist indes gering. So gleicht es fast schon einer Zeremonie, daß die zuständigen Minister solche Beschwerden zum Anlaß nehmen, die öffentlichen Auftraggeber auf eine Beachtung der VOB hinzuweisen, wie dies erst kürzlich zum wiederholten Male geschehen ist¹⁾, ohne daß dieser Akt nachhaltige Auswirkungen auf das Auftraggeberverhalten zeitigen wird. Gerade rechtliche Sanktionen könnten jedoch die Auftraggeber zu einem der VOB konformen Verhalten veranlassen, zumal die als staatliche Aufsichtsorgane über die öffentlichen Bauherren infrage kommenden Institutionen, wie z.B. die Rechnungsprüfungsbehörde, ohne äußeren Anstoß nur solchen Verstößen gegen die VOB nachgehen, die zugleich dem fiskalischen Ziel der sparsamen Beschaffung widersprechen, während bei solchen Verstößen, die für die öffentlichen Auftraggeber mit einer (scheinbar) positiven fiskalischen Wirkung verbunden sind, offenbar nicht mit einem spontanen Tätigwerden gerechnet werden kann. In Anbetracht einer weitgehenden Übereinstimmung fiskalischer und wettbewerbspolitischer Erfordernisse²⁾ müßten allerdings auch die Aufsichtsbehörden ihre tolerante Haltung gegenüber Verstößen gegen die VOB seitens der Auftraggeber aufgeben.

Die Furcht eines diskriminierten Bauunternehmens vor weiteren Benachteiligungen durch den Auftraggeber, dessen Verhalten Anlaß zu einer Beschwerde gegeben hat, ist als Rechtfertigung für ein Unterlassen rechtlicher Schritte nur dann einleuchtend, wenn die Hoffnung auf Aufträge in der Zukunft als relevantes Kriterium in das Kalkül eines diskriminierten Auftragnehmers eingeht. Dies trifft bei den Unternehmen, die jeweils nur in einem relativen unbedeutenden Ausmaß in Geschäftsverbindung zu einem diskriminierenden Auftraggeber stehen, tendenziell aber nicht zu.

Obwohl man realistischlicherweise davon ausgehen muß, daß es zahlreiche von der Aufsichtsbehörde kaum nachprüfbare Ablehnungsgründe geben kann (z.B. Beschränkung des Bieterkreises über die Wahl der Vergabeart), ist außerdem anzunehmen, daß die Dienstaufsichtsbehörde gerade dann, wenn ein Bewerber sich diskriminiert fühlt, der bereits einmal

1) Vgl. Wirtschaft und Wettbewerb, 5/72, Kurzinformationen.

2) Vgl. S.194f.

rechtliche Schritte gegen diesen Auftraggeber veranlaßt hat, mit besonderem Argwohn auf ein pflichtgemäßes Verhalten dieses Auftraggebers achten wird. Diese Vermutung zugunsten einer Dienstaufsicht, die wettbewerbspolitische Erfordernisse über fiskalische Interessen stellt, kann auf den im Behördenverkehr geltenden Vertrauensgrundsatz gestützt werden¹⁾.

Aus diesem Grunde sollten selbst rechtliche Schritte gegen marktbeherrschende öffentliche Auftraggeber nicht unbedingt zu einem völligen Abbruch der Geschäftsbeziehungen zu dem beschwerdeführenden Unternehmen führen, wie dies bei marktbeherrschenden privaten Auftraggebern der Regelfall ist²⁾.

Wenn auf diese Weise jedoch ein rechtlicher Sanktionsmechanismus existiert, so ist damit eine weitere Voraussetzung dafür geschaffen, daß die Verdingungswirklichkeit, soweit sie sich durch ein der VOB konformes Verhalten der Auftraggeber verbessern läßt, den Intentionen der VOB angenähert werden kann.

4.4 Die Adäquanz der BaupreisVO als wettbewerbliche Spielregel

Die Wettbewerbswirkungen der BaupreisVO sind bislang noch nicht im Rahmen einer wissenschaftlichen Arbeit untersucht worden; dies soll im folgenden Kapitel nachgeholt werden. Dabei wird die Frage gestellt, ob diese Vorschrift als wettbewerbliche Spielregel oder als hoheitliche Wettbewerbsbeschränkung aufzufassen ist. Fernerhin werden die Wirkungen dieser Verordnung sowohl auf den Parallelprozeß der Nachfrager als auch auf den Austauschprozeß analysiert.

4.4.1 Konzeptionelle Unterschiede zwischen der BaupreisVO und dem GWB

Die Baupreisverordnung ermächtigt die Preisbehörden zu prüfen und zu überwachen, daß die für die verschiedenen Preistypen preisrechtlich jeweils noch zulässigen Höchst-

1) Vgl. Ingenstau, H./ Korbion, H., a.a.O., S.47.

2) Vgl. Geisbüsch, H.G., a.a.O., S.62.

preise nicht überschritten werden. Diese Ermächtigung der Preisbehörden durch die Baupreisverordnung bezieht sich auch auf die Überprüfung der Höhe von Preisen, die unter wettbewerblichen Bedingungen zustandegekommen sind, obwohl der Verordnungsgeber strengere Voraussetzungen für die Prüfung gerade dieses Preistyps¹⁾ vorsieht.

Die Ermächtigung der Preisbehörden durch die BaupreisVO ist somit vergleichsweise weitgehender als die der Kartellbehörde durch das GWB. Das GWB überträgt dem Kartellamt die Aufgabe, den Wettbewerb vor Beschränkungen zu schützen. In diesem Sinne kann das Bundeskartellamt das Preisverhalten der Unternehmer lediglich über ein Verbot wettbewerbsbeschränkender Verträge und Praktiken beeinflussen. Allerdings ist aufgrund der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (§ 22 GWB) die Legitimation für ein behördlicherseits zu verordnendes Preisverhalten vorhanden, obwohl auch dies nicht unumstritten ist²⁾.

Diese Unterschiede können auf die verschiedenen wettbewerbspolitischen Konzeptionen zurückgeführt werden, auf denen diese Rechtsvorschriften jeweils aufbauen. So zeigt sich, daß der vom Verordnungsgeber der BaupreisVO erwünschte Wettbewerb nicht allein durch die Abwesenheit von Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit definiert ist, denn ein solcher Wettbewerb ist nur insoweit erwünscht, als er zu Ergebnissen führt, die unter den baupreisrechtlichen Höchstpreisen liegen. Der große Einfluß marktergebnisbezogener Kriterien in der baupreisrechtlichen Konzeption wird besonders in der amtlichen Begründung zu § 5 Abs.2 BaupreisVO sichtbar:

- 1) Vgl. zur Definition der Preistypen des Baupreisrechts Abschnitt 3.3.2.
- 2) Diese Frage ist zur Zeit Gegenstand lebhafter Diskussionen. Vgl. Markert, K. - Das BKA darf Preise kontrollieren, in: FAZ v.19.12.73, S.21 und v.20.12.73, S.15, sowie die Erwiderung von Röpke, J. - Wettbewerbspolitik des "Als-Ob" führt zu behördlicher Willkür, in: FAZ v.26.2.74, S.14.

"In der Vergangenheit hat sich gezeigt, daß der Wettbewerb auf dem Bausektor teilweise wenig effektiv gewesen ist, ohne daß eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von § 5 Abs.2 VOB/A Nr.8/55 (jetzt § 7 VO) nachgewiesen werden konnte. Preisprüfungen haben ergeben, daß in diesen Fällen die Preise oft in einem auffälligen Mißverhältnis zur Leistung standen. Im Interesse der Aufrechterhaltung des Preisstandes erschien es nicht vertretbar, derart überhöhte Preise zu dulden. Deshalb schreibt Satz 2 vor, daß Preise, die einen nach § 9 ermittelten Preis (Selbstkostenfestpreis) so erheblich überschreiten, daß sie in einem auffälligen Mißverhältnis zur Leistung stehen, insoweit unzulässig sind, auch wenn sie die in Abs.1 genannten formellen Merkmale erfüllen" ¹⁾.

Die mangelnde Wirksamkeit des Wettbewerbs am Markt für Bauleistungen, mit der die Eingriffsmöglichkeiten der Preisbehörden in den Ablauf der Marktprozesse gerechtfertigt werden, ist jedoch nicht bereits dadurch erwiesen, daß in verschiedenen Fällen überhöhte Preise festgestellt wurden, ohne daß zugleich Preisabsprachen oder Submissionskartelle nachgewiesen werden konnten. Gerade in Kenntnis der den Kartellmitgliedern zur Verfügung stehenden Kommunikationsmittel und der daraus sich ergebenden Ermittlungs- und Beweisschwierigkeiten für die Kartellbehörden sollten aus dem Fehlen handfester Beweise für Preisabsprachen keine voreiligen Schlüsse hinsichtlich der Wirksamkeit des unbeschränkten Wettbewerbs gezogen werden. Im Gegenteil, insoweit als mit einer nicht näher zu bestimmenden Dunkelziffer nicht aufgeklärter Absprachen gerechnet werden muß, hebt sich der in der BaupreisVO konstatierte Widerspruch zwischen wirksamem und unbeschränktem Wettbewerb auf. Die durch

1) Vgl. Durb, I., a.a.O., S.16.

§ 5 Abs.2 BaupreisVO gegebene Möglichkeit zur Senkung von Wettbewerbspreisen auf die preisrechtlich zulässige Grenze sollte daher nicht nur in Zusammenhang mit der mangelnden Wirksamkeit des unbeschränkten Wettbewerbs, sondern auch in Zusammenhang mit der mangelnden Wirksamkeit der Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften gesehen werden. Denn während über das GWB den von solchen vermuteten Absprachen betroffenen Auftraggebern nicht geholfen werden kann, garantiert die Baupreisverordnung allen öffentlichen Auftraggebern, daß sie in derartigen Fällen höchstens den "Selbstkostenfestpreis zuzüglich einer Spanne für einen vertretbaren marktmässigen Spielraum"¹⁾ zu zahlen haben.

Wenngleich sogar Überschreitungen des Selbstkostenfestpreises bis zu 25% als im marktüblichen Rahmen liegend betrachtet werden²⁾ - ob die Gerichte dieser Auffassung in einem konkreten Fall folgen werden, erscheint allerdings fraglich³⁾ - und demzufolge die Auswirkungen des Baupreisrechts auf die Höhe der Wettbewerbspreise nicht sehr groß sein können, kann nicht übersehen werden, daß die Kontrolle von Wettbewerbspreisen einen Schutz für öffentliche Auftraggeber bietet. Er sollte jedoch nicht überschätzt werden, denn in Anbetracht der Rechtsprechung verdient die Prüfung von Wettbewerbspreisen eine wettbewerbspolitische Beachtung eigentlich mehr wegen der ihr immanenten konzeptionellen Widersprüche als aufgrund der von ihr ausgehenden preisdämpfenden Wirkungen⁴⁾.

-
- 1) Vgl. dazu die amtliche Begründung, wiedergegeben bei: Daub, W., a.a.O., S.16.
 - 2) Diese Auffassung vertritt: Altmann, C.H. - Die marktwirtschaftliche Preisbildung in der Baupreisverordnung, in: Der Betrieb, Heidelberg 1972, S.1373.
 - 3) So galt z.B. eine Überschreitung des dem Selbstkostenfestpreis ähnlichen Richtlinienpreises der BaupreisVO 1955 um 7% noch als im Rahmen des Zulässigen liegend. Vgl. Urteil des BGH v.5.12.68, wiedergegeben bei Daub, W., a.a.O., S.126. Mit Überschreitungen des Selbstkostenfestpreises bzw. Richtlinienpreises von mehr als 7% haben sich die Gerichte anlässlich der Überprüfung von Wettbewerbspreisen noch nicht auseinandergesetzt.
 - 4) Vgl. dazu im einzelnen: Abschnitt 4.4.4.

4.4.2 Zur Frage der Diskriminierung nichtöffentlicher Auftraggeber durch die BaupreisVO

In einer baupreisrechtlichen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof die Auffassung vertreten, daß trotz der Beschränkung des Anwendungsbereiches auf öffentliche Aufträge eine staatliche Selbstprivilegierung nicht Zweck dieser Verordnung ist, obwohl sie dem Auftraggeber die Gewißheit verschafft, überhöhte Baupreise nicht zahlen zu müssen.

Begründet hat das Gericht diese Auffassung damit, daß die Preise für öffentliche Bauten eine "wesentliche und maßgebende *Leitfunktion* für die Baupreise insgesamt" hätten und daß der Verordnungsgeber erwarten durfte, "daß, wenn es gelingt, die Preise für öffentliche und mit öffentlichen Mitteln finanzierte Bauvorhaben unter Kontrolle zu halten, sich auch das Niveau privater Baupreise vom Stand jener Preise nicht allzuweit entfernt"¹⁾.

Der Bundesgerichtshof hat mit dieser Begründung die zur gleichen Frage vom OLG Celle geäußerten, jedoch offen gelassenen Bedenken ausgeräumt, ob nicht die BaupreisVO primär die Wahrung des fiskalischen Interesses an niedrigen Baupreisen bezwecke, zumal der Preisstand auch durch überhöhte Preise für Bauten privater Auftraggeber gefährdet werden könne²⁾.

Diese Begründung des BGH ist jedoch nicht stichhaltig. Sie ignoriert, daß durch die Baupreisverordnung eine Interessenlage geschaffen wird, die in formeller Hinsicht dadurch charakterisiert ist, daß überhöhte Preise im Sinne dieser Verordnung nur bei privaten Aufträgen erzielt werden können.

1) Vgl. das Urteil des BGH v.5.12.1968, a.a.O., S.97ff.

2) Siehe ebenda, S.98.

Die durch diese Interessenlage vorgezeichneten Tendenzen werden zudem durch die konkreten Marktverhältnisse noch verstärkt, da die Marktstellung der öffentlichen Auftraggeber im Verhältnis zu der privater Bauherren als dominierend bezeichnet werden kann und zwar nicht nur in strukturellem Sinne¹⁾. Selbst wenn im Hinblick auf die geringe Preiselastizität der Nachfrage nach Bauleistungen, die einerseits haushaltsrechtliche und institutionelle Ursachen hat²⁾ und andererseits auch darauf zurückzuführen ist, daß private Bauherren in Erwartung noch stärker anziehender Baupreise auf Preiserhöhungen sogar anomal reagieren oder wegen der hauptsächlich kriegsfolgenbedingten Verkäufermarktsituation an den Märkten für Bauleistungen, die zur Zeit des Erlasses der Baupreisverordnung im Jahre 1955 bereits vorherrschte, eine Schutzbedürftigkeit der Nachfrager nach Bauleistungen in besonderem Maße bestanden hätte, hätte dieser Schutz deshalb in erster Linie den privaten Auftraggebern zuteil werden müssen. Denn auch die Annahme einer Leitfunktion der Preise für öffentliche Bauaufträge - deren Richtigkeit trotz der hier angesprochenen Bedenken die Begründung des BGH akzeptabel erscheinen lassen würde - hält einer markttheoretischen Prüfung nicht stand.

So hätte der Ordnungsgeber gerade unter diesen Voraussetzungen davon ausgehen müssen, daß einzig die öffentlichen Auftraggeber in der Lage sein könnten, aufgrund ihrer Marktstellung überhöhte Preise zu verhindern, während die in der Regel macht- und marktübersichtslosen privaten Auftraggeber die bei der Übernahme öffentlicher Aufträge nicht realisierbaren Gewinne der Bauunternehmer zusätzlich zu tragen hätten³⁾. Aus diesem Grunde kann eine

- 1) Vgl. dazu die Ausführungen in Abschnitt 2.2.2 über die dominierende Marktstellung des Auftraggebers. Auf S.35 wurde festgestellt, daß eine dominierende Marktstellung, die aus der Rollenverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erwächst, nur im Falle öffentlicher Auftraggeber besteht.
- 2) Z.B. der Zwang, einmal bewilligte Mittel auch zu verbauen. Enquete, a.a.O., S.474.
- 3) So: Geisbüsch, H.G., a.a.O., S.103.

Leitfunktion öffentlicher Baupreise kaum unterstellt werden. Vielmehr ist anzunehmen, daß das Baupreisrecht ein differenzierendes preispolitisches Verhalten der Bieter hervorruft, wenn diese sowohl öffentliche als auch private Aufträge ausführen¹⁾. Die möglichen Überwälzungseffekte dieses Preisverhaltens zu lasten der privaten Auftraggeber würden dabei in geradezu diametralem Gegensatz zu den Erwartungen des Verordnungsgebers stehen. Diese Nebenwirkung des Baupreisrechts, die über die Preisdifferenzierung der Bauunternehmen zu einer Schlechterstellung der privaten Auftraggeber führt, wird um so stärker sein, je schärfer die für die einzelnen Preistypen festgelegten Höchstgrenzen gezogen sind und je mehr der öffentliche Auftraggeber bei beschränktem Wettbewerb auf der Anbieterseite sich durch die Vereinbarung eines Selbstkostenfestpreises den aus solchen Beschränkungen erwachsenden Auswirkungen auf die Höhe des Angebotspreises entziehen kann.

Die Frage, ob durch die BaupreisVO private Auftraggeber diskriminiert werden, kann deshalb nicht unabhängig davon beantwortet werden, inwieweit durch diese Verordnung solche Preise verhindert werden, die ansonsten von den Bauunternehmen hätten durchgesetzt werden können. Unter der Voraussetzung eines beschränkten Anbieterwettbewerbs hingegen kann eine direkte Antwort gegeben werden, da unter diesen besonderen Bedingungen bereits die Möglichkeit zur Vereinbarung von Selbstkostenfestpreisen ein Privileg bedeutet, denn kein Auftragnehmer wird sich in solchen Fällen ohne weiteres auf den Abschluß eines Bauvertrages zu Selbstkosten einlassen, so daß hier der Preisdruck und mithin auch die Nebenwirkung auf die privaten Auftraggeber besonders wirksam sein muß.

- 1) Für Unternehmen, die sich auf den Tiefbau spezialisiert haben, in dem fast ausschließlich öffentliche Nachfrage besteht, ist diese Art der Preisdifferenzierung allerdings nicht relevant.

Bei Wettbewerbspreisen, bei denen ein Überschreiten des Selbstkostenfestpreises vermutlich erst bei Gewinnspannen von größer als 10%¹⁾ von den Gerichten als nicht zulässig befunden wird, dürfte unter der Voraussetzung, daß der Wettbewerb auf der Anbieterseite tatsächlich nicht durch Absprachen beschränkt ist, der allen wettbewerbs-offenen Vergabeverfahren immanente Zwang, ein niedriges Angebot abgeben zu müssen, wenn man den Zuschlag erhalten will, erfahrungsgemäß einen wirksameren Druck auf die Preishöhe ausüben als der aus der Anwendung baupreis-rechtlicher Vorschriften erwachsende hoheitliche Zwang, was weiter unten noch begründet wird.

4.4.3 Die Baupreisverordnung als Grundlage preispoliti-scher Strategien der Auftraggeber

Eine preispolitische Strategie auf der Grundlage der Baupreisverordnung zu entwickeln, setzt voraus, daß die Anwendung baupreisrechtlicher Vorschriften gegen die Auftragnehmer mit solchen ökonomischen Vorteilen für die Auftraggeber verbunden ist, die ohne die Existenz dieser Verordnung nicht in gleichem Maße hätten realisiert werden können.

In diesem Sinne ist auf eine gelegentlich praktizierte Form der Preisüberwachung hinzuweisen, bei der die Preisbehörde vom Auftraggeber eingeschaltet wird, um noch vor der Erteilung des Zuschlags den als Auftragnehmer in Aussicht genommenen Bieter zu einer Senkung seines Angebotspreises auf eine von ihr für normal befundene Höhe zu veranlassen, ohne daß diesem Schritt eine Selbstkostenpreisermittlung oder die Feststellung einer erheblichen Überschreitung vorausgegangen ist. Da in diesen Fällen eine preisrechtlich unzulässige Preisüberschreitung nach § 5 Abs.2 BaupreisVO oft nicht vorliegen dürfte, ist es fraglich, ob diese Vorgehensweise der Preisbehörde überhaupt durch die Baupreisverordnung legitimiert wird²⁾,

1) Vgl.: Enquete, a.a.O., S.1127.

2) Ebenda, a.a.O., S.1127 f.

zumal der Auftraggeber hier offensichtlich das gem. § 24 Nr.3 VOB/A bestehende Verbot von Nachverhandlungen zu umgehen sucht, so daß der betroffene Bieter einer solchen Praxis sich getrost wehren könnte.

Zum anderen machen sich die Auftraggeber zum Teil eine sehr einseitige Interpretation des höchstzulässigen Preises nach § 5 Abs.1 BaupreisVO zu eigen. Dies führt mitunter zu schwerwiegenden Verstößen gegen den Grundsatz der Vertragstreue. Während der Auftragnehmer das Bauvorhaben ordnungsgemäß abwickelt, erfüllt der Auftraggeber seine vertraglichen Pflichten gegenüber dem Auftragnehmer nur insoweit, als er lediglich einen Teil der vereinbarten Angebotssumme auszahlt und den Rest - z.B. in Höhe von 10% des Vertragspreises - mit der Begründung, der vereinbarte Preis sei seiner Höhe nach unzulässig, einbehält oder auf ein Sperrkonto überweist, obwohl er diese Forderung des Preises bereits akzeptiert hatte. Als marktstrategisch wird man ein solches Verhalten immer dann bezeichnen müssen, wenn objektiv - z.B. aufgrund von Präzedenzfällen - vorauszusehen ist, daß die Angebotssumme bzw. bestimmte Kostenpositionen sich im Rahmen der baupreisrechtlichen Zulässigkeit bewegen. Zwischen der Absicht, den Auftragnehmer in diesem Sinne bewußt irrezuführen oder zu täuschen, und dem Eintreten dieser erwünschten Wirkung besteht für den Betroffenen jedoch die Möglichkeit, dieses durch die Baupreisverordnung ermöglichte Verhalten des Auftraggebers durch die Gerichte auf seine Rechtmäßigkeit hin prüfen zu lassen.

Diesbezüglich haben die bisher ergangenen baupreisrechtlichen Urteile gezeigt, daß die Vorstellungen der Auftraggeber bezüglich der Zulässigkeit von Preisen und damit auch die Vorstellungen von der Legitimität ihres Verhaltens von den Gerichten durchweg nicht geteilt werden.

In verschiedenen Urteilen hat das OLG Celle festgestellt, daß eine Überschreitung des dem Selbstkostenfestpreis verwandten Richtlinienpreises¹⁾ der damals noch gültigen

1) Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.45.

BaupreisVO 1955 um 4,2% bzw. 5,05% bzw. 3,7% nicht so erheblich ist, daß ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Preis angenommen werden kann¹⁾. Eine Entscheidung, in der eine Überhöhung eines Wettbewerbspreises bejaht wurde, steht hingegen noch aus.

Ebenso - und dies gilt allgemein für alle Preistypen - hat das OLG Celle festgestellt, daß bereits bei der Ermittlung des Selbstkostenfestpreises mit einer nicht unbeachtlichen Unsicherheitsmarge gerechnet werden muß²⁾, die, wie Schaubild Nr.11 zeigt, durchaus zu einer starken Streuung der Angebotssummen führen kann³⁾.

-
- 1) Vgl. die Entscheidungen des OLG Celle vom 12.1.65, 14.5.65 und 9.3.66. Wiedergegeben bei Daub, W., a.a.O., S.109 ff.
 - 2) Vgl. das Urteil des OLG Celle vom 11.1.67, ebenda, S.120.
 - 3) Quelle: Schwantag, R. - Die Preisbildung bei öffentlichen und mit öffentlichen Mitteln finanzierten Bauaufträgen, in: Die Bauwirtschaft 1953 Heft 44. Nach Berichtigung eines Rechenfehlers wiedergegeben bei: Daub, d., a.a.O., S.127.

Schaubild Nr. 11: Streuung der Angebotssummen

Kostenarten	Umsatz- bild	Abweichun- gen, mit denen in Spalte 4-7 gerechnet ist	+ Fall		- Fall	
			Änderung	Umsatz- bild	Änderung	Umsatz- bild
1	2	3	4	5	6	7
Löhne	33	Zeitansatz ± 20 Mittellohn ± 5	+25 vH =+8,25	41,25	-25 vH =-8,25	24,75
Gesetzl. so- ziale Auf- wendungen	9	+ 2 vH der Löhne	+ 2 vH = +1,56	10,56	- 2 vH =-1,23	7,77
Sonstige Kosten	30	+ 5 vH	+ 5 vH =+1,50	31,50	+ 5 vH = -1,50	28,50
Geräte kosten	4	+20vH	+20vH =+0,80	4,80	-20 vH = -0,80	3,20
Andere Gemein- kosten	5	+20vH	+20 vH =+1,00	6,00	-20 vH = -1,00	4,00
	<u>81</u>			<u>94,11</u>		<u>68,22</u>
Allgemeine Geschäfts- kosten	9	Keine Ab- wei- chungen	19 aH von		19 aH von	
Gewinn	6		94,11	22,10	68,22	16,00
Umsatz- steuer	4					
Angebots- summen	<u>100</u>		<u>116,21</u>			<u>84,22</u>
Her- stellungs- kosten	<u>81</u>		<u>94,11</u>			<u>68,22</u>

Unter der Voraussetzung der dort unterstellten Einwirkung der Kosten auf die Angebotssumme sowie der jeweils zugrundegelegten Abweichungen könnte das billigste der sich auf ein gleiches Bauvorhaben beziehenden Angebote ca. 40% unter dem teuersten liegen.

Da die Rechtsprechung im Streitfall nicht danach zu fragen hat, welcher Preis bei wirtschaftlicher Betriebsführung unter den vorherrschenden technischen und personellen Verhältnissen des ausführenden Unternehmens möglich ist, sondern welcher Preis unter diesen Gesichtspunkten noch vertretbar ist, wird verständlich, daß die staatliche Preisüberwachung wirklich nur in Ausnahmefällen so erfolgreich eingreifen kann, daß ihre Ermittlungsergebnisse einer richterlichen Überprüfung standhalten.

Demnach erweist sich nach der ständigen Rechtsprechung die Wirksamkeit der baupreisrechtlichen Vorschriften aus der Sicht der Auftraggeber doch als sehr gering, da diese über die Baupreisverordnung kaum zusätzliche Vorteile erzielen können, sieht man einmal von solchen Vorteilen ab, die daraus resultieren, daß die Auftragnehmer sich den Vorstellungen der Preisbehörden beugen. Von Vorteilen wird man dabei jedoch nur dann sprechen können, wenn die Unternehmen aus Angst vor negativen Auswirkungen auf die weiteren Geschäftsbeziehungen von einer erfolgsversprechenden rechtlichen Auseinandersetzung mit den Auftraggebern Abstand nehmen, was für die Tauglichkeit der BaupreisVO als marktstrategischer Aktionsparameter spricht. Außerdem können Vorteile im Falle legitimer nachträglicher Preiskürzungen erzielt werden. Da jedoch die Preisbehörden nicht allgegenwärtig sein können¹⁾, sollte gerade in diesen Fällen nicht ausgeschlossen werden, daß die Unternehmen versuchen werden, diese Kürzungen bei späteren Aufträgen wieder wettzumachen.

Soweit an die Baupreisverordnung die Erwartung preisregulierender Wirkung geknüpft wird, kann diese zweifellos nur in einem sehr bescheidenen Maße erfüllt werden. Die Baupreisverordnung kann deshalb dem unausgesprochen hinter den baupreisrechtlichen Höchstbegrenzungen stehenden fiskalischen Interesse an niedrigen Baupreisen kaum gerecht werden.

1) Außerdem ist die kurze Prüfungsfrist zu berücksichtigen. Vgl. dazu S.108.

Lediglich dadurch, daß sie dem Auftraggeber beim Vorherrschen von Wettbewerbsbeschränkungen auf der Anbieterseite die Möglichkeit zur Vereinbarung von Selbstkostenfestpreisen einräumt, und auch gerade dadurch, daß sie auch bei nicht nachweisbaren Absprachen der Anbieter überhöhte Preise nur bis zur höchstzulässigen Grenze toleriert, verschafft die BaupreisVO den öffentlichen Auftraggebern spezifische Vorteile, die anderen Auftraggebern nicht zugänglich sind.

Einschränkend muß jedoch auch hierzu festgestellt werden, daß selbst in Fällen nachträglich nachgewiesener Preisabsprachen die Wirksamkeit der Höchstpreisbegrenzung bei Wettbewerbspreisen derart gering gewesen wäre, daß Verstöße gegen § 1 GWB, gemessen an ihren Auswirkungen auf die Preishöhe, sich durchweg noch in dem preisrechtlich zulässigen Rahmen des § 5 Abs.2 BaupreisVO bewegt hätten¹⁾.

Nur wenn zum Beispiel eine Preisabsprache nachträglich nachgewiesen werden konnte und ein ursprünglich als Wettbewerbspreis zu prüfender Preis nunmehr am Selbstkostenfestpreis als höchst zulässigem Preis zu messen ist, kann der Auftraggeber damit rechnen, daß die Preisforderungen des Auftragnehmers durch das Gericht gekürzt werden, so daß im Verhältnis zu dem privaten Auftraggeber, der durch einen solchen Verstoß gegen das GWB keine Ansprüche gegen den Auftragnehmer geltend machen könnte, der öffentliche Auftraggeber besser gestellt ist.

4.4.4 Abschließende Bemerkungen zur Baupreisverordnung

Faßt man die in den vorstehenden Unterabschnitten analysierten Wirkungen der Baupreisverordnung auf den Ablauf und die Marktergebnisse bauwirtschaftlicher Marktprozesse

1) So ergaben zum Beispiel die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft anlässlich der Aufdeckung von Abspracheringen in Schleswig-Holstein, daß in keinem der überprüften Fälle Verstöße gegen die BaupreisVO nachweisbar waren. Siehe dazu: Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.140.

zusammen, so kann die Vermutung, daß die Baupreisverordnung ein Paradebeispiel für die Verknüpfung fiskalischer Interessen mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben abgibt, im wesentlichen als unbegründet zurückgewiesen werden.

Dem Auftrag, überhöhte Preise zu verhindern, wird die Baupreisverordnung selten gerecht werden können, da derart hohe Preise, die nach baupreisrechtlichen Maßstäben unzulässig wären, selbst dann kaum gefordert wurden, wenn der Wettbewerb auf der Anbieterseite durch Absprachen beschränkt war. Allerdings sollte nicht ausgeschlossen werden, daß in solchen Fällen die Kartellmitglieder ihre Preispolitik gezielt daraufhin ausgerichtet haben, daß sich die jeweiligen Niedrigstangebote, "Nullpreise" genannt, gerade noch im Rahmen der baupreisrechtlichen Zulässigkeit bewegten, wenngleich die Hypothese, daß die baupreisrechtliche Höchstpreisbegrenzung des § 5 Abs.2 sich restriktiv auf die Preispolitik der Kartellmitglieder ausgewirkt habe, nur spärlich auf ihren Informationsgehalt geprüft werden kann. Es würde aber für die Plausibilität dieser Hypothese sprechen, wenn in den aufgedeckten Absprachefällen nur geringfügig um die Vorstellungen der Rechtsprechung streuende prozentuale Aufschläge auf den Selbstkostenfestpreis erhoben worden wären. Dies ist jedoch nicht der Fall; vielmehr ist das Bild sehr uneinheitlich und weist neben nur geringfügigen¹⁾ auch Aufschläge von ca. 25% auf²⁾, so daß möglicherweise mehr die Auftragslage als das Baupreisrecht die Höhe dieses Aufschlages determinieren und auch unter diesem Gesichtspunkt von einer ökonomischen Wirkung der Baupreisverordnung nicht gesprochen werden sollte.

Vorteilhaft für den Auftraggeber wirkt sich die Baupreisverordnung nur in dem Maße aus, in dem bei Wettbewerbsbe-

1) Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.140f .

2) Vgl.: Urteil des BGH vom 23.10.1969, wiedergegeben bei: Daub, ., a.a.O., S.149f.

schränkungen Selbstkostenfestpreise vereinbart werden können bzw. in dem bei nachträglich erwiesenen Absprachen dieser Preistyp den höchstzulässigen Preis darstellt.

In Anbetracht der geringen Wirksamkeit baupreisrechtlicher Höchstpreisbegrenzungen ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Baupreisverordnung und einem differenzierenden Preisverhalten der Bieter allenfalls unter exzeptionellen Bedingungen anzunehmen, so daß die Anwendung des Baupreisrechts sich faktisch nicht diskriminierend für die nichtöffentlichen Auftraggeber auswirkt.

Den geringen ökonomischen Wirkungen der Baupreisverordnung stehen andererseits solche Anwendungen des Baupreisrechts gegenüber, bei denen entweder das Vorgehen der Preisbehörde durch die Ermächtigungsnorm des § 16 BaupreisVO nicht gedeckt ist oder bei denen die Preisbehörde ihren Ermittlungen derart abwegige Maßstäbe zugrundelegt, die ohnehin keine Aussicht haben, von den Gerichten akzeptiert zu werden, so daß sich in diesen Fällen die Auftraggeber, wenn sie den von der Preisbehörde als zu hoch beurteilten Preis kürzen, ein letztlich nur in seinen negativen Auswirkungen auf den Grundsatz der Vertragstreue bedeutsames Verhalten zu eigen machen. Würde die BaupreisVO außer Kraft gesetzt werden, so könnten solche auf dem Zusammenspiel von Preisbehörde und Auftraggeber beruhenden Einwirkungen auf den Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse in Zukunft ausgeschlossen werden. Auch würden die grundsätzlich gegenüber der preisrechtlichen Begrenzung von Wettbewerbspreisen vorzubringenden Bedenken ausgeräumt werden können. Die Befürchtung, daß mit der Aufhebung des Baupreisrechts dem Steigen der Baupreise der letzte Widerstand genommen würde, kann unter Berücksichtigung der geringen ökonomischen Wirkungen zurückgewiesen werden.

4.5 Abgestimmtes oder auf Absprachen beruhendes Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber

Wettbewerbsbeschränkungen, die das Zusammenwirken mehrerer selbständiger Auftraggeber voraussetzen und sich demzufolge auch auf den Markt insgesamt auswirken, stehen allem Anschein nach in ihrer Bedeutung hinter solchen Wettbewerbsbeschränkungen, die sich auf das einzelne Vergabeverfahren beziehen, deutlich zurück. Sie sind jedoch, wie hier zu zeigen ist, nicht irrelevant.

4.5.1 Wettbewerbspolitische Aspekte der Konjunkturstabilisierung via öffentliche Bauaufträge

Innerhalb des konjunkturpolitischen Instrumentariums ist der hohe Stellenwert der Variierung der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen als wirksamer Maßnahme zur kurzfristigen Stabilisierung unumstritten. Bedient sich der Wirtschaftspolitiker der Vergabe öffentlicher Bauaufträge als eines konjunkturpolitischen Instruments, so bedeutet dies, daß je nach der konjunkturellen Ausgangslage zusätzliche Mittel bereitgestellt bzw. vorgesehene Mittel gekürzt werden und daß die einzelnen Auftraggeber zu einer Expansion bzw. Kontraktion ihres Auftragsvolumens aufgefordert werden. Dadurch wird mitunter eine Priorität begründet, hinter der wettbewerbspolitische Erfordernisse zurückgestellt werden.

Als ein allerdings sehr schlechtes Beispiel dafür kann das für den Frühherbst 1975 vorgesehene Konjunkturprogramm der Bundesregierung angeführt werden, bei dem, offiziellen Verlautbarungen zufolge, u.a. zusätzliche Bauaufträge in Höhe von ca. 4 Mrd. DM vergeben werden sollen, um, wie es heißt, den Abbau erhaltungswürdiger Kapazitäten zu verhindern. Selbst wenn man annimmt, daß die Stellen, denen diese Mittel zufließen sollen, bereits genehmigte und ausführungsfähige Bauvorhaben gewissermaßen der Schublade entnehmen können¹⁾, läßt die nur

1) Dem widersprechen allerdings die Erfahrungen vergangener Konjunkturprogramme.

noch relativ kurze Dauer der Bausaison erhebliche Reibungsverluste bei der Abwicklung der einzelnen Bauvorhaben erwarten. Zum einen ist zu befürchten, daß aus Gründen der Dringlichkeit diese Bauleistungen nicht öffentlich ausgeschrieben werden und daß aus demselben Grunde der Baubeginn und die Ausführungsfrist derart bemessen werden, daß der Auftragnehmer eine sorgfältige Fertigungsplanung nicht durchführen können. Andererseits ist es fraglich, ob die Auftraggeber bei der Wahl der Bauobjekte berücksichtigen, daß diese für den Winterbau mit seinen speziellen fertigungstechnischen Problemen geeignet sein müssen bzw. daß in der kurzen Frist bis zum erwarteten Beginn der Schlechtwetterperiode sinnvolle Bauabschnitte abgeschlossen werden können. Ein Konjunkturprogramm für die Bauwirtschaft, das zu diesem bereits weit fortgeschrittenen Zeitpunkt der Bausaison verabschiedet wird, um ein weiteres Absinken der Beschäftigung zu verhindern, muß unter diesen Umständen mit einer weitgehenden Ausschaltung des Wettbewerbs erkaufte werden, ohne daß das vermutliche formlose Vergabeverfahren Rückschlüsse darüber vermitteln können wird, welche Kapazitäten besonders erhaltungswürdig sind. Dabei hätte ein zu einem früheren Zeitpunkt durchgeführtes Konjunkturprogramm diese Reibungsverluste durchaus vermeiden können, wenn man sich an maßgeblicher Stelle bewußt gewesen wäre, daß saisonale Einflüsse die bauwirtschaftliche Leistungserstellung einschränken und daß allein die ordnungsgemäße Vergabe einer Bauleistung mindestens einen Monat in Anspruch nimmt.

Es ist bedauerlich, daß die ständigen Bemühungen um eine Verbesserung des Marktverhaltens öffentlicher Auftraggeber durch solche wenig durchdachten Maßnahmen konterkariert werden.

Denn grundsätzlich sind infolge der nur geringen Möglichkeiten der Bauunternehmen, auf Vorrat produzieren und damit einen Auftragsmangel ohne einen Abbau der

Kapazität auffangen zu können, die konjunkturpolitischen Bemühungen um eine bessere Auslastung des Produktionspotentials in Hinblick auf eine stetige Versorgung mit öffentlichen Bauten gesamtwirtschaftlich durchaus positiv zu beurteilen, da auf diesem Wege Bauvorhaben vorgezogen bzw. nachgeholt werden können, die in einer Phase konjunktureller Überhitzung vermutlich zu schlechteren Bedingungen hätten realisiert werden müssen.

Eine spezielle Problematik weist das im Rahmen eines kontraktiven Konjunkturprogramms abgestimmte Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber auf. Derartige konzertrierte Aktionen können, von ihrer Wirkung her betrachtet, den ausschließlich eine Stärkung der Nachfragerposition bezweckenden Kartellabsprachen durchaus gleichgesetzt werden, auch wenn die direkte Schädigung bestimmte Bauunternehmer oder Baubranchen als Ziel einer konjunkturpolitischen Maßnahme nicht intendiert sein wird. Dies wird man dann feststellen können, wenn die Einschränkung der öffentlichen Baunachfrage zugleich von einem Rückgang der privaten Nachfrage nach Bauleistungen begleitet ist. Spezialisierte Tiefbauunternehmen, denen ein Ausweichen auf die überwiegend privaten Hochbauaufträge aus fertigungstechnischen Gründen ohnehin nicht möglich ist, können hingegen bereits durch einen partiellen Rückgang der öffentlichen Baunachfrage in Bedrängnis geraten.

4.5.2 Boykottaufrufe und ministerielle Rundschreiben

Kollektive Auftragssperren öffentlicher Auftraggeber gegenüber Bauunternehmen, die als wirksamstes Machtmittel der Auftraggeber angesprochen wurden, sind zwar noch nicht nachweislich praktiziert worden, sie werden jedoch neuerdings gegenüber solchen Bietern in Erwägung gezogen, denen die Beteiligung an einer Absprache nachgewiesen werden konnte¹⁾. Obwohl man die Auftragssperre als zulässige Reaktion eines Auftraggebers auf den durch die Absprache erfolgten Vertrauensbruch des Bieters anerkennen könnte, wäre der Aufruf dieses Auftraggebers an ande-

1) Vgl. Enquete, a.a.O., S.698.

re rechtlich selbständige Auftraggeber, sich der Auftragsperre gegen den oder die Bieter anzuschließen, im Sinne des Boykottverbots des § 26 GWB rechtswidrig, so daß solche Maßnahmen trotz der abschreckenden Wirkung, die sie auf die Bereitschaft der Bieter zu Absprachen haben würden, unzulässig wären. Außerdem sprechen viele Gründe dagegen, daß solche Auftragsperren wirksam durchgehalten werden würden¹⁾.

Rundschreiben von Bundesministern, in denen diese öffentliche Auftraggeber auffordern, ein bestimmtes Verhalten zu entfalten oder zu unterlassen, sind wettbewerbspolitisch umstritten, gerade weil diese Form der Herbeiführung eines abgestimmten Auftraggeberverhaltens auf hoheitlichem Wege sich dem Zugriff wettbewerbsrechtlicher Verbote entziehen kann²⁾. Wie sich herausgestellt hat, zielen Rundschreiben mitunter auch darauf ab, die öffentlichen Auftraggeber zu einem wettbewerbskonformen Verhalten aufzurufen³⁾. Gegen Rundschreiben dieses Inhalts richten sich die Bedenken des Wettbewerbspolitikers selbstverständlich nicht.

Andererseits zeigt sich, daß ministerielle Rundschreiben bauvertraglichen Regelungen in einer Art vorgreifen können, die sie als wettbewerbsbeschränkend im Sinne des GWB erscheinen lassen. In diesem Zusammenhang ist z.B. das Rundschreiben bezüglich der Grundsätze zur Anwendung von Preisvorbehalten nicht unbedenklich⁴⁾. Darin

1) Vgl. Enquete, a.a.O., S.696f, wo z.B. darauf hingewiesen wird, daß im Falle günstiger Angebote solcher boykottierten Bieter einzelne Auftraggeber die Auftragsperre wahrscheinlich aufheben würden.

2) Vgl. dazu das in diesem Abschnitt diskutierte Beispiel über die Vereinbarung von Preisgleitklauseln.

3) Als Beispiel dafür kann die auf S.139 zitierte Aufforderung an die Auftraggeber gewertet werden, nach der diese bei der Vergabe von Bauaufträgen die VOB beachten sollen.

4) Wiedergegeben bei Daub, W., a.a.O., S.75 f.

fordert der Bundesminister für Wirtschaft und Finanzen nämlich die öffentlichen Auftraggeber auf, von der Möglichkeit zur Vereinbarung von Preisgleitklauseln abzusehen. Weil dieses Rundschreiben eine entsprechende Vereinbarung zwischen allen Auftraggebern ersetzt, die als Kartellvereinbarung im Sinne des § 1 GWB zu werten wäre, scheint es fraglich, ob solche Empfehlungen, die ein abgestimmtes Verhalten öffentlicher Auftraggeber hinsichtlich der vertraglichen Regelung bestimmter Preisbestandteile bezwecken, wettbewerbsrechtlich zulässig sind.

5. Hemmnisse für eine Entfaltung des Wettbewerbs in zeitlicher und qualitätsmäßiger Dimension

Außer im Preiswettbewerb können sich bauwirtschaftliche Wettbewerbsprozesse insbesondere in zeitlicher und qualitätsmäßiger Dimension entfalten. Möglichkeiten und Hemmnisse für die Entfaltung des Wettbewerbs in diesen Dimensionen werden in diesem Teil der Arbeit diskutiert.

5.1. Wettbewerbswirkungen der terminmäßigen Organisation des Vergabeverfahrens

Mit der im Verhältnis zur Fassung 1952 eingetretenen Veränderung hinsichtlich der Bemessung von Angebots- und Zuschlagsfrist in der VOB 1973 sind Interessenkonflikte zwischen Auftraggebern und Bauunternehmern gemildert worden. Auch wenn es wünschenswert wäre und durchaus machbar erscheint, die Zuschlagsfrist durch verstärkten Einsatz von Personal und technischen Hilfsmitteln bei der Angebotsprüfung noch kürzer zu gestalten, so stellt sich doch die Frage, ob die daraus resultierende zusätzliche Beweglichkeit der Unternehmen infolge kürzerer Bindefristen nicht mit zu erheblichen Aufwendungen seitens der Auftraggeber erkauft werden müßte.

Wie bereits erwähnt wurde, sind nach der Ansicht von Fachleuten die der VOB neuerdings zugrundeliegenden Regelungen über die Angebots- und Zuschlagsfrist für beide Marktseiten als auskömmlich zu betrachten¹⁾, so daß die Wettbewerbswirkungen dieser Regelungen, die zudem die Chancengleichheit der Bieter nicht beeinträchtigen, weitgehend neutral sind.

Eine solche Beurteilung scheint für die Ausführungsfrist bei der derzeitigen Praxis jedoch nicht vertretbar zu sein; aus diesem Grunde beziehen sich die folgenden Dar-

1) Vgl. S.92.

legungen ausschließlich auf die Form und Bemessung der Ausführungsfrist.

5.1.1 Der Einfluß der VOB auf die zeitliche Abwicklung eines Bauvorhabens

Obwohl die Verdingungsordnung für die Bemessung der Ausführungsfrist dem Auftraggeber gemäß § 11 VOB/A lediglich eine sehr allgemein gehaltene Empfehlung gibt und obwohl sie auch gemäß § 5 VOB/B der Regelung des Baubeginns zunächst nicht vorgreift, sondern erst dann einen Baubeginn auf Abruf vorsieht, wenn die Vertragspartner keine andere Vereinbarung getroffen haben, ist der Einfluß der VOB auf die zeitliche Abwicklung eines Bauvorhabens in der Praxis trotzdem von grundlegender Bedeutung¹⁾.

Denn dadurch, daß die VOB die Bestimmung der Ausführungsfrist sowie des Baubeginns in die Hände des Auftraggebers legt, wohingegen der Auftragnehmer nur begrenzte Aktionsmöglichkeiten im Rahmen der vom Auftraggeber gesetzten Daten hat, wird die aktive Marktstellung des Nachfragers in entscheidender Hinsicht geprägt.

Infolge des starken Einflusses auf die Gestaltung des zeitlichen Ablaufs der Bauausführung ergibt sich für den Auftraggeber in erheblichem Maße eine Mitverantwortung, die sich insbesondere auf die Höhe der Kosten, aber auch auf qualitative Eigenschaften der Bauausführung bezieht. Um eine gerade unter diesen Aspekten sachgerechte Fristbemessung zu finden, ist der Entscheidungshorizont des Auftraggebers jedoch zu eng.

Der Mangel an entscheidungsrelevanten Informationen ist dadurch bedingt, daß nach § 17 VOB/A etwaige Bestimmungen über die Ausführungsfrist bereits im Stadium der öffentlichen Bekanntmachung einer Ausschreibung anzugeben sind und demzufolge der Auftraggeber die Frist in Hinblick auf ein gedankliches Erfüllungssubjekt bemessen muß. Allenfalls werden deshalb solche Informationen bei der Bemessung

1) Vgl. S.93 f.

sung der Ausführungsfrist Berücksichtigung finden, die sich auf Erfahrungs- oder Durchschnittswerte hinsichtlich der Angemessenheit von Ausführungsfristen beziehen. Informationen, welche die Vorstellungen der Bieter von einer kostenoptimalen Ausführungsfrist und von einem sorgfältige Arbeitsvorbereitung gewährleistenden Baubeginn-Termin für das ausgeschriebene Bauvorhaben wiedergeben, sind dem Auftraggeber bei den die zeitliche Abwicklung eines Bauvorhabens regelnden Vorschriften der VOB kaum zugänglich.

In Anbetracht eines aus diesen Gründen nur geringen Informationsniveaus des Auftraggebers kann die von den Bauunternehmen immer wieder beklagte Bemessung zu kurzer bzw. bei verzahnten Komplexbaumaßnahmen gegebenenfalls auch zu langer Ausführungsfristen nicht unabhängig von den unzureichenden Bestimmungen der VOB gesehen werden.

5.1.2 Einzel- und gesamtwirtschaftliche Wirkungen nicht sachgerecht bemessener Ausführungsfristen

Wenn unter einer sachgerechten Ausführungsfrist die Frist verstanden wird, in der ceteris paribus die Baukosten eines bestimmten Bauvorhabens am niedrigsten sind, dann gehen definitionsgemäß Abweichungen von der optimalen Bauzeit mit erhöhten Kosten einher.

Solche Abweichungen sind auf das Interesse des Nachfragers an (zu) kurzen Bauzeiten¹⁾ sowie grundsätzlich auf dessen geringes Informationsniveau bezüglich der Bemessung sachgerechter Ausführungsfristen zurückzuführen. In Zusammenhang mit dieser Unterscheidung ist zu berücksichtigen, daß in solchen Fällen, in denen ausdrückliche Präferenzen für sehr kurze Ausführungsfristen bestehen, die Nachfrager sich der kostenmäßigen Konsequenzen ihrer Entscheidungen durchaus bewußt sein können und daß somit in Anbetracht des Zielsystems des Auftraggebers die Ausführungsfrist durchaus zieladäquat bemessen sein kann.

Zu kurz bemessene Ausführungsfristen sind in der Regel daran erkennbar, daß an Feiertagen gearbeitet werden muß

1) Vgl. Enquete, a.a.O., S.1096.

bzw. Überstunden geleistet werden müssen, um eine fristgerechte Fertigstellung des Bauvorhabens zu erreichen oder um vertraglich vorgeschriebene Zwischentermine bei komplexen Baumaßnahmen zu erfüllen. Bei den üblichen Zuschlägen für Feiertagsarbeit und Überstunden haben zu kurz bemessene Ausführungsfristen verhältnismäßig hohe Zusatzkosten zur Folge, denn bereits täglich zwei Überstunden wirken sich in einer 4,7%igen Erhöhung der Lohnkosten je Arbeitsstunde aus¹⁾. Unter diesen Zusatzkosten treten die erhöhten Personalkosten zwar in erheblichem Maße hervor, jedoch sind die Kostenerhöhungen nicht auf diese Kostenart begrenzt.

"Außer den Personalkosten verursacht die Beschleunigung des Bauablaufs zusätzliche Kosten infolge des großen Platzbedarfs für die Baustoffe, Schalungsmehrkosten und durch größere Schalholzmengen, Störungen der systematischen Taktarbeit u.a.m."²⁾.

Je knapper die Ausführungsfrist bemessen wird und je größer damit die Gefahr wird, daß die Vertragsfrist nicht eingehalten werden kann, desto stärker werden sich zudem die Wagniskosten für eventuell zu zahlende Vertragsstrafen in der Kalkulation des Auftragnehmers niederschlagen, so daß auf diesem Wege die Unterschreitung der sachgerechten Ausführungsfrist durch überproportionale Kosten-erhöhung erkaufte wird.

Wird in Verbindung mit einer zu kurzen Bemessung der Ausführungsfrist auch der Baubeginn in einer Art vom Auftraggeber abgerufen, daß eine sorgfältige Arbeitsvorbereitung nicht möglich ist und die Bereitstellung der erforderlichen Betriebskapazitäten vornehmlich durch improvisierende Entscheidungen herbeigeführt werden muß, so ist abzusehen, daß diese Entscheidungen letztlich eine suboptimale Betriebsführung und somit auch Baukostensteigerungen zur Folge haben müssen.

1) Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S. 149 f.

2) Ebenda, S.150.

Wenn andererseits der Auftraggeber den Termin des Baubeginns auch nicht näherungsweise eingrenzt und die Abrufregelung des § 5 VOB/B zum Zuge kommt, wird die Betriebsablaufplanung, und hier insbesondere die Anschlußauftragsplanung, für den Auftragnehmer problematisch. Darüber hinaus steigen die Unsicherheiten in der Kostenbeurteilung, die jedoch durch einen entsprechenden Ansatz in der Kalkulation kompensiert werden dürften, nachdem die Vereinbarung von Preisgleitklauseln seit Inkrafttreten der BaupreisVO 72 nur noch ausnahmsweise möglich ist¹⁾.

Insgesamt gesehen sollten jedenfalls die durch eine unsachgerechte Bemessung der Ausführungsfrist und des Baubeginns verursachten Kosten in ihrer Größenordnung nicht unterschätzt werden.

Diese durch inadäquate Regelungen des zeitlichen Ablaufs der Vergabeverfahren bedingten Kostenerhöhungen können sich einerseits in einer Verschlechterung der Gewinnsituation und andererseits als Preissteigerung auswirken, wobei jedoch wegen der ex ante gegebenen (pauschalen) Kalkulierbarkeit der aus der Bemessung von Baubeginn und Ausführungsfrist entstehenden Risiken und Wagnisse zu vermuten ist, daß diese zusätzlichen Kosten in erster Linie preisbeeinflussend sein werden²⁾.

Bei einer Analyse der Gestaltungsformen für die zeitliche Abwicklung von Bauvorhaben wird man bei bestimmten Regelungen über den Baubeginn und die Ausführungsfrist nach einer überzeugenden ökonomischen Rechtfertigung vergeblich suchen. So ist gerade dann, wenn der Auftraggeber die Fertigstellung einer Bauleistung in Abhängigkeit vom Baubeginn fordert ("Fertigstellung 200 Werkstage nach Baubeginn") und diesen wiederum auf Abruf vorsieht, allenfalls bei ineinandergreifenden Bauleistungen einzusehen, welchen Präferenzen des

-
- 1) Vgl. Grundsätze zur Anwendung von Preisvorbehalten bei öffentlichen Aufträgen, Rundschreiben des Bundesministers für Wirtschaft und Finanzen v.2.5.1972, BAnz 1972, Nr.88.
 - 2) Eine gegenteilige Ansicht - allerdings ohne Begründung - wird im Gutachten des Ifo-Instituts vertreten. Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.150.

Auftraggebers eine solche Regelung Ausdruck verleihen soll. Daß die Auswirkungen dieser Regelung auf die Baupreise den Präferenzen des Auftraggebers nicht entsprechen dürften, scheint durch die vorstehenden Ausführungen jedenfalls dokumentiert zu werden.

5.1.3 Ansatzpunkte für eine effektivere Gestaltung der zeitlichen Abwicklung von Vergabeverfahren

Die erheblichen Schwierigkeiten, welche die Bauunternehmen mit der Einhaltung der Ausführungsfristen stets haben, tragen sicherlich dazu bei, den Eindruck zu begünstigen, als ob allein durch eine großzügigere Bemessung der Fristen dieses Kernproblem der zeitlichen Organisation des Vergabewesens~~s~~ zu lösen sei¹⁾.

Eine Analyse der informationellen Aspekte des Problems einer sachgerechten Bemessung der Ausführungsfristen zeigt jedoch, daß eine derartige Therapie lediglich an den Symptomen kurieren und nicht an der eigentlichen Ursache ansetzen würde. Weil bei einer Bemessung der Ausführungsfrist durch den Auftraggeber bereits vor der Bieterwahl exakt weder die terminlichen Vorstellungen eines Bieters, geschweige denn aller an einem Ausschreibungsverfahren beteiligten Unternehmen in einer zufriedenstellenden Weise berücksichtigt werden können, erscheint es gerade in Hinblick auf die kostenmäßigen Konsequenzen dieser Entscheidung sinnvoll, daß die Ausführungsfristen dort bemessen werden, wo das Informationsniveau der Entscheidungsträger am höchsten ist.

Dieser Forderung kann zweifellos dann am weitestgehenden entsprochen werden, wenn die einzelnen Bieter jeweils aufgrund ihrer individuellen betrieblichen Verhältnisse den Baubeginn und den Termin der Fertigstellung festlegen können, so daß im Prinzip die Vorschläge für eine effek-

1) Diese Eindruck wird z.B. noch in dem Gutachten des Ifo-Instituts vermittelt. Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, A.a.O., S.150.

tivere Gestaltung der zeitlichen Abwicklung von Vergabeverfahren auf eine Erhöhung der Aktionsmöglichkeiten der Bauunternehmen hinauslaufen. Vorschläge, die von einer Aktivierung der Bauunternehmen bestimmt sind, werden als "angebotsoffene Regelungen"¹⁾ bezeichnet. Solche Regelungen aktualisieren bestimmte Wettbewerbszwänge. So ist zu erwarten, daß die Unternehmen bei der Bemessung von Ausführungsfrist und Baubeginn jeweils kostenminimale Vorstellungen zugrundelegen werden, damit die Konkurrenz in diesen Belangen keine Wettbewerbsvorteile realisieren kann. Aus diesem Grunde kann an gebotsoffene Regelungen die Erwartung positiver Marktergebnisse geknüpft werden.

Neben solchen mehr quantitativen Auswirkungen einer variablen Regelung der Bauzeit wäre unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkt jedoch auch die durch diese Regelung eintretende Öffnung des Wettbewerbs als Positivum hervorzuheben. So würde sich bei gebotsoffenen Ausführungsfristen zum einen auch den Unternehmen eine Chance bei der Vergabe eines Bauauftrages eröffnen, die aus Kapazitätsgründen bei vom Auftraggeber zu kurz bemessenen Ausführungsfristen nicht hätten teilnehmen können. Zum anderen würde diese Regelung den Teilnehmerkreis dadurch potentiell erhöhen, daß sich den Unternehmen, die bei einer konventionellen Bemessung der Ausführungsfrist in Folge anderweitiger vertraglicher Verpflichtungen eine bestimmte Ausschreibung nicht hätten wahrnehmen können, terminmäßige Hemmnisse möglicherweise nicht mehr in den Weg stellen würden. Diesen durchweg positiven Wettbewerbswirkungen einer gebotsoffenen Bemessung der Ausführungsfrist und des Baubeginns wäre der Nachteil gegenüberzustellen, daß bei dieser Regelung Vorstellungen des Auftraggebers bezüglich eines wünschenswerten Fertigstellungstermins nur unzulänglich berücksichtigt würden.

1) Vgl. Enquete, a.a.O., S.1108.

Greift man den in der "Enquete über die Bauwirtschaft" unterbreiteten Vorschlag auf, nach dem der Auftraggeber zwar die ihm wünschenswert und zweckmäßig erscheinende Frist in den Verdingungsunterlagen anzeigen soll, es andererseits aber den Bietern freistellt, abweichende Ausführungsfristen vorzuschlagen¹⁾, so könnte dieser Nachteil gemildert werden. Da bei diesem Verfahren der Zielkonflikt zwischen dem kostengünstigeren Angebot und der terminmäßig günstigeren Lösung in allen Einzelheiten sichtbar gemacht wird, hat dieses Verfahren darüber hinaus den Vorzug, daß es dem Auftraggeber eine Vergabeentscheidung ermöglicht, bei der in Hinblick auf den Zusammenhang zwischen Preis, Bauzeit und Fertigstellungstermin alle am Markt verfügbaren Informationen nutzbar gemacht werden können. Dabei erscheint es wahrscheinlich, daß aufgrund der durch dieses Verfahren vermittelten Kenntnis der Entscheidungssituation der Stellenwert einer kurzen Bauzeit in der Zielhierarchie des Auftraggebers oftmals relativiert werden dürfte.

Doch selbst dann, wenn die Priorität der eigenen zeitlichen Präferenzen auch durch Preiserwägungen nicht angetastet wird²⁾, sollte den Auftraggebern in Zukunft die Möglichkeit zur Bestimmung des Baubeginns auf Abruf versagt bleiben. Denn erwiesenermaßen leistet dieses Verfahren eigentlich nur einem Verhalten des Auftraggebers Vorschub, durch das der Grundsatz, erst dann auszuschreiben, wenn alle Verdingungsunterlagen vorhanden sind (§ 16 Nr.1 VOB/A), verletzt wird. Über die Vereinbarung eines Bau-

1) Vgl. Enquete, a.a.O., S.1109

2) Dies wird angemessenerweise insbesondere dann der Fall sein, wenn auch bei der Nutzung der Bauleistung terminmäßige Restriktionen zu beachten sind. Als Beispiel dafür sei angeführt, daß es unsinnig wäre, ein Freibad im Herbst fertigzustellen oder eine für den Urlaubsverkehr relevante Autobahnteilstrecke erst nach der Ferienzeit für den Verkehr freizugeben.

beginns bei Abruf ist es dem Auftraggeber z.B. möglich, eine Ausschreibung zu veranstalten, ohne daß er seinerseits die notwendigen Voraussetzungen für den Baubeginn (z.B. Finanzierung, Baugenehmigung) bereits geschaffen hat. Andererseits deuten Abrufvereinbarungen auf einen Mangel an planerischen Fähigkeiten bzw. auf mangelnde Sorgfalt bei der Planung hin, wenn es der Auftraggeber im Falle einer Abhängigkeit des Baubeginns von der Fertigstellung einer anderen Teilleistung unterläßt, Bauzeitenpläne im Sinne der Netzplantechnik aufzustellen, aufgrund derer sowohl der Baubeginn als auch der Fertigstellungstermin ineinandergreifender Teilleistungen a priori vertraglich festgelegt werden könnten¹⁾.

Auch wenn in der Neufassung der VOB nunmehr vorgesehen ist, daß die Frist, innerhalb derer die Aufforderung zum Baubeginn ausgesprochen werden kann, "unter billiger Berücksichtigung der für die Ausführung maßgebenden Verhältnisse zumutbar"²⁾ sein muß, so sollten doch auch die an die Vereinbarung dieser Regelung gestellten zusätzlichen Erfordernisse nicht darüber hinwegtäuschen, daß durch Abrufvereinbarungen der Auftraggeber sich letztlich nur seiner planerischen Verantwortung für die zeitliche Abwicklung eines Bauvorhabens entzieht, und zwar mit all den negativen ökonomischen Wirkungen, die weiter oben beschrieben worden sind³⁾.

5.1.4 Grenzen einer angebotsoffenen Gestaltung der zeitlichen Abwicklung von Bauvorhaben

Der Praktikabilität einer angebotsoffenen Gestaltung der Vergabe von Bauaufträgen in zeitlicher Hinsicht sind unter verschiedenen Aspekten Grenzen gesetzt. Solche Grenzen sind einerseits durch die Art des Bauvorhabens vorgegeben. So besteht bei komplexen Bauvorhaben aus fertigungstechni-

1) So ist es nach § 11 Nr.2 VOB/A auch vorgesehen.

2) Vgl. § 11 Nr.1 Satz 3 VOB/A.

3) Vgl. unter Abschnitt 5.1.2.

schen und insbesondere organisatorischen Gründen ein Sachzwang zur Koordinierung der einzelnen Teilaktivitäten, dem eine derart variable Form der Bemessung der Ausführungsfrist und des Baubeginns nicht gerecht werden könnte. Unter diesen Umständen bestehen demzufolge auch nur geringe Anwendungsmöglichkeiten für eine angebotsoffene Gestaltung der zeitlichen Abwicklung von Bauvorhaben, die sich zum Beispiel auf besonders maßgebliche Teilaktivitäten reduzieren würden, während die Fristen für die anderen Baumaßnahmen weiterhin vom Auftraggeber in Abhängigkeit des für die eine Teilaktivität zustande gekommenen Termins zu bemessen wären.

Die zusätzlichen Entfaltungsmöglichkeiten für einen Leistungswettbewerb zwischen den Bauunternehmen, die durch eine angebotsoffene Gestaltung der zeitlichen Abwicklung von Bauvorhaben geschaffen werden könnten, werden andererseits auch durch die Präferenzen öffentlicher Auftraggeber begrenzt. Je größere Priorität in diesem Sinne die eigenen Vorstellungen des Auftraggebers bezüglich Baubeginn und Ausführungsfrist haben, desto geringer wird zwangsläufig der Aktionsspielraum sein, der den Unternehmen für eine Gestaltung dieser Sachverhalte verbleibt¹⁾. Daneben werden Grenzen auch durch die Unternehmen selbst gezogen, die durch ihre Passivität der Durchsetzung des Prinzips einer angebotsoffenen Gestaltung von Ausführungsfrist und Baubeginn in der Praxis bis jetzt noch keinen guten Dienst erwiesen haben; dabei sind die Gründe, welche die Anbieter veranlassen, die ihnen vom Auftraggeber eröffnete Möglichkeit einer ihren betrieblichen Erfordernissen adäquaten Gestaltung der zeitlichen Abwicklung des Bauvorhabens nicht wahrzunehmen, durchaus nicht stichhaltig. So beruht die Vorstellung, daß die Anbieter mit Nachteilen zu rechnen hätten, wenn sie auf alternativen Ausführungsterminen beruhende Angebote vorschlagen, wohl doch auf einer Fehleinschätzung der mit dieser Aufforderung verfolgten Intentio-

1) Vgl. dazu Fußnote 2 auf S.167.

nen des Auftraggebers¹⁾, da es nicht einsichtig ist, warum dieser überhaupt erst einen Auftrag auf diese Art und Weise ausschreibt, obwohl gegebene Terminabhängigkeiten angebotsoffene Ausführungsfristen als unpraktikabel erscheinen lassen müssen. Die Ursache für das passive Verhalten der Unternehmer scheint vielmehr darin zu liegen, daß es erst eines Lernprozesses bedarf, bis die Unternehmen die angebotsoffene Gestaltung von Ausführungsfrist und Baubeginn als einen Aktionsparameter beherrschen werden.

Obwohl nach den geltenden Bestimmungen der VOB eine angebotsoffene Gestaltung andererseits nicht unzulässig ist, wäre es in zweierlei Hinsicht empfehlenswert, eine solche Regelung ausdrücklich in die VOB aufzunehmen. Dadurch könnte nicht nur das Unbehagen der Bauunternehmen gegenüber dieser Regelung beseitigt werden. Ein solcher Akt könnte zudem auch die Verbreitung dieser Regelung bei allen öffentlichen Auftraggebern fördern.

5.2 Der Einfluß öffentlicher Auftraggeber auf den Qualitätswettbewerb am Markt für Bauleistungen

In Verbindung mit der Durchsetzung bestimmter qualitätsmäßiger Standards sowie der Artikulierung und Befriedigung in ihrer Verschiedenheit wohl einmaliger Nachfragerinteressen kommt dem Einsatz des Aktionsparameters Qualität in bauwirtschaftlichen Marktprozessen zentrale Bedeutung zu. Neben dem Preiswettbewerb ist deshalb der Qualitätswettbewerb als relevanter wettbewerblicher Teilprozeß zu berücksichtigen. Der Zusammenhang, der in diesem Wirtschaftssektor zwischen dem Qualitäts- und Preiswettbewerb besteht, beinhaltet dabei die Möglichkeit, daß eine in qualitätsmäßiger Hinsicht auf hohem Niveau stehende Bauleistung zu einem günstigen Preis offeriert werden kann, wenn die Transformation der funktionalen Anforderungen in eine ausführungsfähige Konstruktion in adäquater und kostengünstiger Weise gelingt. Dies deutet darauf hin, daß das Verhältnis

1) Vgl. hierzu die oberflächliche Deutung dieses Problems in der Enquete. Ebenda S.1109. Dort wird vermutet, daß eine Ausschreibung mit angebotsoffener Ausführungsfrist letztlich nur deshalb erfolgt, um trotz bereits fixierter Termine die Preisangebote der Bieter auch bei einer nicht-angebotsoffenen Vergabe zugrundelegen zu können.

von Preis zu Qualität nicht eindeutig in dem Sinne ist, daß Qualitätsunterschiede sich reziprok in Preisunterschieden widerspiegeln. Aus der Sicht des Auftraggebers kann Qualitätswettbewerb deshalb mehr als nur die Wahl zwischen hohem Preis und niedriger Qualität bedeuten. Im folgenden wird der Einfluß öffentlicher Auftraggeber auf den Qualitätswettbewerb insbesondere in Hinblick auf solche nicht-reziproken Marktergebnisse analysiert.

5.2.1 Dimensionen des Qualitätswettbewerbs in bauwirtschaftlichen Marktprozessen

a) Voraussetzungen für eine Entfaltung des Qualitätswettbewerbs

Die Entfaltung des Qualitätswettbewerbs als eines speziellen wettbewerblichen Teilprozesses hängt grundsätzlich von den gleichen Voraussetzungen ab, von denen auch der allgemein charakterisierte Ablauf von Wettbewerbsprozessen abhängig ist. Dabei ist davon auszugehen, daß dem Qualitätswettbewerb ein Interessenkonflikt zwischen den auf Konformität und Konstanz gerichteten Interessen der Anbieter und den auf Individualität und Wechsel gerichteten Interessen der Nachfrager zugrundeliegt. Die Auflösung des Qualitätswettbewerbs, in dem die Anbieter den Umfang der Variation und Differenzierung, die Nachfrager den Verzicht auf Individualität und Wechsel zu minimieren suchen, erfolgt durch den Parallelwettbewerb der Nachfrager¹⁾.

Um bestimmte Aspekte des Qualitätswettbewerbs in den Griff zu bekommen, die zur Formulierung von Verhaltensempfehlungen für öffentliche Auftraggeber benötigt werden, wird hier jedoch für die Entfaltung des Qualitätswettbewerbs ein spezielles Bedingungssystem postuliert. In diesem Sinne wird Qualitätswettbewerb definiert als das gleichzeiti-

1) Vgl. dazu Kentmann, R. - Der Qualitätswettbewerb und seine Beeinflussung durch die Koordination des Preisverhaltens der Anbieter, Marburg 1969 (Dissertation), S. 250ff.

ge Anbieten qualitätsmäßig verschiedener Leistungen durch unabhängig voneinander agierende Unternehmen, womit der auslösende Parallelwettbewerb der Nachfrager unberücksichtigt bleibt¹⁾.

Damit sich am Markt für Bauleistungen ein Qualitätswettbewerb in diesem Sinne entfalten kann, müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein²⁾:

- (1) Die Bauunternehmen müssen hinreichenden Spielraum für die Abgabe unterschiedlicher, jedoch zur Erfüllung jeweils bestimmter Bauherrenbedürfnisse geeigneter Angebote haben.
- (2) Konstruktions- und Verfahrensinnovationen müssen möglich sein³⁾.
- (3) Die Imitation von Qualitätsvariationen darf nicht willkürlich beschränkt sein.
- (4) Die Anbieter dürfen keine auf Unterlassung und Abstimmung von Qualitätsänderungen abzielenden Vereinbarungen treffen.
- (5) Auf Seiten der Nachfrager muß Qualitätstransparenz bestehen.

-
- 1) Diese Definition des Qualitätswettbewerbs wurde bereits von Abbott vorgeschlagen. Vgl. Abbott, L. - Qualität und Wettbewerb, München und Berlin 1958, S.145.
 - 2) Das von Abbott in allgemeiner Form entwickelte Bedingungs-system ist hier in Hinblick auf die bauwirtschaftlichen Marktverhältnisse konkretisiert worden.
 - 3) Die von Abbott zusätzlich genannte Bedingung, nach der es möglich sein muß, neue Alternativen zu schaffen oder aber die Kenntnis der Käufer von diesen Alternativen zu ändern, wird zum einen durch die hier als Nr.(2) aufgeführte Bedingung inhaltlich abgedeckt. Zum anderen ist diese Bedingung den bauwirtschaftlichen Verhältnissen nicht adäquat, weil wegen der versachlichten Marktbeziehungen zwischen Anbietern und Nachfragern und wegen des relativ hohen Informationsniveaus des in den Bauämtern tätigen Personals bezüglich der Qualität von Bauleistungen falsche Vorstellungen von den Alternativen eher die Ausnahme denn die Regel sein dürften. Im übrigen wurde hier die allgemein übliche Unterscheidung zwischen Produkt- und Verfahrensinnovationen (Vgl. zur Unterscheidung von Innovationen: Schwenter, J.-Betriebswirtschaftliche Aspekte des technischen Fortschritts, Bern-Stuttgart 1959, S. 5f) modifiziert, da es entsprechend der noch zu begründenden Terminologie in bauwirtschaftlichen Marktprozessen keine Produktinnovationen geben kann.

In Zusammenhang mit der dominierenden Marktstellung des Auftraggebers, der technischen Beratung durch selbständige Planer sowie den im Ausschreibungsverfahren begründeten Möglichkeiten zur Transparenzgewinnung¹⁾ kann die Voraussetzung Nr.(5) als weitgehend erfüllt betrachtet werden. Da offensichtlich Vereinbarungen im Sinne von Nr.(4) keine empirische Relevanz in der Bauwirtschaft haben²⁾ und ausserdem auch die Imitation von Qualitätsvariationen sowohl in bezug auf die Fertigungsverfahren als auch bezüglich der Verwertung von Konstruktionsergebnissen keinen nennenswerten willkürlichen Beschränkungen unterliegt, erwachsen Hemmnisse für eine Entfaltung des Qualitätswettbewerbs im wesentlichen daraus, daß die Voraussetzungen Nr. (1) und (2) nicht erfüllt werden. Dies wird im Detail im nächsten Abschnitt dargelegt.

b) Der Qualitätsbegriff bei Bauleistungen

Als Bestimmungsgründe der Qualität einer Bauleistung sind die konstruktionsmäßige Gestaltung (diese könnte noch nach ihrer künstlerisch-gestalterischen und nach ihrer technisch-funktionalen Komponente differenziert werden), technisch-wirtschaftliche Leistungsmerkmale, die Baustoffe und die Verarbeitung anzusehen. Je nach der Art des Projektes kann der Einfluß einer Art von Determinanten auf das Qualitätsniveau der Bauleistung von unterschiedlicher Bedeutung sein³⁾.

-
- 1) Vgl. dazu die entsprechenden Ausführungen auf den Seiten 84 f.
 - 2) Solche Vereinbarungen könnten z.B. darin bestehen, daß die Bieter sich verpflichten, keine Nebenangebote und Sondervorschläge zu unterbreiten.
 - 3) So ist im Straßenbau die Stoffart der Fahrbahndecke von hervorragender Bedeutung, während z.B. bei wasserwirtschaftlichen Tiefbauten die Verarbeitung bzw. das Arbeitsverfahren hinsichtlich des Gütegrades der Abdichtung sehr relevant ist.
Vgl. dazu: Herbst, H.-J., a.a.O., S.118 f.

Es erscheint zweckmäßig, vereinfachend zwischen einer Qualität der Ausführung und einer Qualität der Konstruktion zu unterscheiden. Die Qualität der Konstruktion soll im Rahmen dieser Unterscheidung davon abhängen, wie es gelingt, die aus dem Nutzungszweck ableitbaren funktionalen Anforderungen an das Bauwerk in eine ausführungsreife Lösungskonzeption umzusetzen¹⁾. Die Qualität der Ausführung hingegen soll von der Sorgfalt der Verarbeitung sowie von der Art und gegebenenfalls auch der Menge der verwendeten Baumaterialien abhängen.

Ausschlaggebend wird das Qualitätsniveau einer Bauleistung durch die Qualität der Konstruktion geprägt, weil selbst bei optimaler Ausführung die in der vorgelagerten Konstruktionsphase unterlaufenen Planungsfehler nicht oder kaum verbessert werden können und weil zudem infolge vertraglicher Absicherungen über die Ausprägung bestimmter Ausführungsmerkmale nur in geringem Maße mit Qualitätsunterschieden bei der Ausführung zu rechnen ist.

Qualitätsunterschiede können in der Form bestehen, daß die Alternativen nach meßbaren Kriterien in eine eindeutige Rangfolge gebracht werden können, wie dies bei allen technischen Qualitätsmerkmalen der Fall ist. Andererseits gibt es solche Qualitätsunterschiede, über die eine allgemein übereinstimmende Bewertung nicht erzielt werden kann, da die Wertigkeit der einzelnen Alternativen aufgrund individuell unterschiedlicher Wertvorstellungen und Geschmacksrichtungen von verschiedenen Nachfragern unterschiedlich beurteilt wird²⁾.

Ausgehend von diesen begrifflichen Unterscheidungen ist die Entfaltung des Qualitätswettbewerbs in den folgenden Dimensionen möglich. Auf der Grundlage konstruktionsmäßi-

1) Dies geschieht gemäß der Übersicht auf S.33 in den Phasen Funktions- sowie Konstruktionsplanung.

2) Abbott bezeichnet solche Qualitätsunterschiede als horizontal verschiedene Qualitäten im Gegensatz zu den vertikal verschiedenen Qualitäten, bei denen eine eindeutige Bewertung möglich ist. Vgl. Abbott, L., a.a.O., S. 149 f.

ger Leistungsbeschreibungen kann sich ein Qualitätswettbewerb in dem Maße entfalten, in dem

- a) die Ausführung des Bauvorhabens überhaupt die Abgabe qualitätsmäßig so stark voneinander abweichender Angebote zuläßt, als daß diese von den Auftraggebern als Qualitätsunterschiede wahrgenommen werden können,
- b) die Ermittlung des Konstruktionsergebnisses in einem Planungswettbewerb erfolgt¹⁾ und
- c) Alternativangebote und Sondervorschläge in Konkurrenz zur Leistungsbeschreibung des Auftraggebers treten können.

Auf der Grundlage funktionsmäßiger Leistungsbeschreibungen kann sich der Qualitätswettbewerb simultan sowohl im Ausführungsbereich als auch hinsichtlich der Ermittlung des Konstruktionsergebnisses entfalten. Diese Aufgliederung läßt zunehmende Entfaltungsmöglichkeiten für den Qualitätswettbewerb in Richtung auf die Vergabe funktionsmäßig beschriebener Bauleistungen erkennen.

5.2.2 Entfaltungsmöglichkeiten für den Qualitätswettbewerb im Rahmen der VOB

Die für diesen Abschnitt gewählte Untergliederung begünstigt zwar die Vermutung, daß es sich im folgenden um eine z.T. historische Betrachtung handelt, dieser Eindruck täuscht. So hat einerseits die VOB/A 1952 das Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber in dem Zeitraum bestimmt, auf den sich die in dieser Arbeit zugrundegelegten empirischen Untersuchungen beziehen, andererseits sind einige Ergebnisse und Empfehlungen, die sich auf diese Fassung der VOB/A beziehen, auch jetzt noch aktuell.

a) Der Qualitätswettbewerb im Rahmen der VOB/A 1952

In der bis zum November 1973 gültigen Fassung der VOB/A 1952, die somit über zwei Jahrzehnte das Verfahren der Ver-

1) Vgl. zum Begriff "Planungswettbewerb" die Ausführungen in Abschnitt 5.2.3.

gabe öffentlicher Bauaufträge geprägt hat, basierte die Auftragsvergabe grundsätzlich auf konstruktionsmäßigen Leistungsbeschreibungen. Obwohl sich bereits während der Gültigkeitsdauer der VOB/A 1952 in verschiedenen Bausparten ansatzweise die Anwendung von funktionsmäßigen Leistungsbeschreibungen nachweisen läßt¹⁾ und obwohl Sonderanschläge und Alternativangebote ohnehin zulässig waren, war dieser Zeitraum unbestreitbar von der nahezu ausschließlichen Vereinbarung konstruktionsmäßiger Leistungsbeschreibungen bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge gekennzeichnet.

Soweit durch die Abgabe von Alternativangeboten und Sondervorschlägen ein Wettbewerb bezüglich der Qualität der Konstruktion entfacht werden sollte, sind diese Versuche zum Teil an der grundsätzlich ablehnenden Haltung der Behörden gegenüber solchen Angeboten gescheitert²⁾, zum anderen Teil haben derartige Initiativen der Auftraggeber durchaus einen Qualitätswettbewerb auslösen können, der, gemessen an den zur Auswahl stehenden Alternativen, jedoch nur in einem sehr bescheidenen Rahmen stattfand³⁾.

1) Vgl. die Hinweise für die Vergabe von Fertigteil-Bauten v.14.5.1970, Ministerialblatt des Bundesministers der Finanzen 1970, S.523 ff, wiedergegeben bei: Ingenstau, H./ Korbion, H., a.a.O., S.208 ff oder auch die in der Enquete über die Bauwirtschaft enthaltenen Literaturhinweise, (z.B.: Institut für Baukonstruktion/ Institut für Bauökonomie - Die funktionale Leistungsbeschreibung im Bauwesen, Stuttgart 1971; Schleicher - Gibt es im Straßenbau noch Rationalisierungsmöglichkeiten ? in : Der Straßenbau 1971, S.213), die das Vordringen der funktionsmäßigen Leistungsbeschreibung seit den frühen 70er Jahren belegen.

2) Vgl. dazu mit Beispielen: Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.102.

3) Ebenda, S.102, wird berichtet, daß im Durchschnitt aller Bauobjekte, die in die Erhebung einbezogen wurden, bei jedem zehnten Sondervorschläge unterbreitet wurden.

Es hat sich allerdings gezeigt, daß Sondervorschläge der Bauabsicht des Bauherrn besser entsprechen und/oder auch zu erheblichen Verbilligungen führen können. In diesem Sinne kann die Abgabe solcher Angebote als Indiz dafür gewertet werden, daß die Funktions- und Konstruktionsplanung durch die Planungsträger des Auftraggebers suboptimal war, da die Bieter kaum Sondervorschläge eingereicht hätten, wenn diese unter qualitäts- und/oder kostenmäßigen Gesichtspunkten nicht vorzugswürdig gewesen wären.

Deshalb haben Auftraggeber, welche die Abgabe von Sondervorschlägen kategorisch auch dann ablehnen, wenn die Ablehnung nicht durch die Art des Bauvorhabens gerechtfertigt werden kann¹⁾, eine Entfaltung des Qualitätswettbewerbs und damit die Optimierung der Konstruktion in einem wettbewerblichen Verfahren verhindert.

Doch selbst wenn durch ein derartiges Verhalten der Auftraggeber die Entfaltungsmöglichkeiten für den Qualitätswettbewerb nicht noch zusätzlich verringert worden wären, so hätte sich auf der Basis der VOB/A 1952 trotzdem kein wirkungsvoller Qualitätswettbewerb entfalten können, weil die Abgabe von Alternativangeboten wohl mehr den Charakter einer Informationsquelle hatte, aufgrund derer Unzulänglichkeiten in der konstruktionsmäßigen Planung des Auftraggebers entdeckt werden sollen, als daß auf diesem Wege eine Qualitätskonkurrenz zwischen den Bietern initiiert werden sollte.

Speziell auch unter dem dynamischen Aspekt der Durchführung von konstruktiven und verfahrenstechnischen Innovationen kann die gemäß der VOB/A 1952 praktizierte Vergabe auf der Basis konstruktionsmäßiger Leistungsbeschreibungen nicht gutgeheißen werden. Bei dieser Methode der Leistungsbeschreibung wird der auf eine Vermehrung des technischen Wissens ausgerichtete Informationsfluß nur durch

1) Im Straßenbau z.B. sind solche Ablehnungen durch den langfristigen und weit verästelten Planungszusammenhang begründet. Vgl. Enquete, a.a.O., S.1077.

Forschungsinstitute sowie durch die Planungsträger der öffentlichen Auftraggeber gespeist, während die Bauunternehmen zur Ausfüllung einer Statistenrolle degradiert sind¹⁾, da sie bei dieser Regelung lediglich durch die Abgabe von Sondervorschlägen aktiv zur Vermehrung und insbesondere Verbreitung des technischen Wissens beitragen können.

Aus diesem Grunde kann eine fortschrittshemmende Wirkung konstruktionsmäßiger Leistungsbeschreibungen nicht von der Hand gewiesen werden²⁾.

Ansatzpunkte für einen Qualitätswettbewerb in Zusammenhang mit der Ausführung des Bauvorhabens bestehen bei einer quantitativ und qualitativ exakt vorschreibenden Leistungsbeschreibung eigentlich nicht, da die von den Bietern geforderte Leistung homogen ist, d.h., daß alle Unternehmen die gleiche Leistung zu erstellen haben. Der Bauvertrag beinhaltet in bezug auf die Bauausführung jedoch nur ein Leistungsversprechen des Auftragnehmers. Qualitätsunterschiede können sich demnach auch aus Unterschieden in der Sorgfalt ergeben, mit der die einzelnen Bieter erwartungsgemäß die Erfüllung des Leistungsversprechens betreiben werden, so daß in diesem Sinne schlechte oder gute Erfahrungen des Auftraggebers mit bestimmten Bietern die Vorzugswürdigkeit von Angeboten beeinflussen müßten.

Allerdings sind die meisten Unternehmen in Kenntnis dieser Sachlage ihrerseits bestrebt, zumindest eine Negativbeurteilung zu vermeiden, um sich für zukünftige Vergabeverfahren nicht mit einer Hypothek zu belasten. Deshalb scheint die Annahme, daß im Ausführungsbereich mit spürbaren Qualitätsunterschieden gerechnet werden kann, nicht realistisch zu sein, zumal ein durch vertragliche Regelungen fixiertes Mindestniveau, welches die Bauleistung auf-

1) In den meisten Industriezweigen hingegen ist der Beitrag der Unternehmen gewissermaßen als konstruktives Element im Prozeß des technischen Fortschritts zu betrachten. Vgl. Geschka, H. - Forschung und Entwicklung als Gegenstand betrieblicher Entscheidung, Meisenheim a. Glan 1970, S.37 ff.

2) So bereits Gutwowski, A., a.a.O., S.41.

weisen muß, den legalen Spielraum der Bieter begrenzt. Wenn jedoch die meisten Angebote eine Ausführung der Bauleistung erwarten lassen, die den vertraglich fixierten Anforderungen des Auftraggebers entspricht, weisen diese Angebote demzufolge auch die gleichen qualitätsmäßigen Eigenschaften auf. Es ist nicht einzusehen, weshalb aus qualitätsmäßigen Gründen ein Angebot im Verhältnis zum anderen dem Auftraggeber attraktiver erscheinen sollte.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß während der Gültigkeit der VOB/A 1952 Qualitätswettbewerb nur ausnahmsweise möglich war, wobei das in der VOB/A verankerte Primat der konstruktionsmäßigen Leistungsbeschreibung eine Entfaltung des Qualitätswettbewerbs gehemmt hat.

b) Entfaltungsmöglichkeiten für den Qualitätswettbewerb im Rahmen der VOB/A 1973

Seit durch die Neufassung der VOB/A vom November 1973 gemäß § 9 Nr.10 ff die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm als eine Methode zur Beschreibung von Bauaufgaben ausdrücklich anerkannt wird, sind die formellen Voraussetzungen für die Entfaltung eines Qualitätswettbewerbs, im Rahmen dessen mit der Abgabe spürbar unterschiedlicher Angebote gerechnet werden kann, weitgehend erfüllt.

Da bei funktionsmäßigen Leistungsbeschreibungen neben dem Angebot für die Ausführung einer Bauleistung zugleich eine konstruktionsmäßige Lösung für die durch funktionale Anforderungen beschriebene Bauaufgabe von den Bietern gefordert werden kann, ist öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit gegeben, einen Qualitätswettbewerb auch im Sinne der Konkurrenz unabhängig voneinander entwickelter technisch-gestalterischer Problemlösungen auszulösen.

Erfolgt die Vergabe aufgrund einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm, wird die traditionell zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bestehende Trennung von Konstruktion und Ausführung aufgehoben¹⁾. Die Methode der -----

1) Die hier vollzogene Unterscheidung ist selbstverständlich nur in bezug auf das Bauobjekt sinnvoll.

funktionsmäßigen Leistungsbeschreibung läßt dabei die folgenden Wettbewerbswirkungen erwarten:

- a) Da die Unternehmen jeweils eine betriebsindividuelle Abstimmung der Konstruktion mit den kapazitativen und technischen Möglichkeiten bei der Ausführung vornehmen können, ist bei der funktionsmäßigen Leistungsbeschreibung mit ausführungsgerechten Konstruktionen zu rechnen, die den Auftragnehmer nicht zu unnötig teuren Arbeitsverfahren zwingen¹⁾.
- b) Industriell gefertigte Bauleistungen, die auf unterschiedlichen Konstruktionen beruhen, können in Konkurrenz zueinander treten.
- c) Funktionsmäßige Leistungsbeschreibungen wirken sich in diesem Zusammenhang zugleich wettbewerbsöffener aus, da sie auch solchen Unternehmen den Zugang zum Vergabeverfahren eröffnen, die bei konstruktionsmäßiger Leistungsbeschreibung allein mangels einer erforderlichen technischen Ausrüstung spezifischer Art²⁾ ausgeschlossen worden wären, obwohl auch andere Arbeitsverfahren zur Erfüllung des angestrebten Zweckes geeignet sind.
- d) Das technische know-how und z.B. spezielle Ortskenntnisse der Bauunternehmen können bereits im Stadium der Konstruktionsplanung verwendet werden³⁾.

1) Diesen Vorteil hat bereits Gutowski erwähnt; vgl. Gutowski, A., a.a.O., S.33.

2) So kann z.B. der Auftraggeber, wenn er eine Sichtbetonausführung verlangt, für die nur wenige Unternehmen über die geeignete Schalung verfügen, die Entfaltung eines Wettbewerbs weitgehend einschränken. Vgl. zu diesem Beispiel: Enquete, a.a.O., S.1079.

3) Darauf ist bereits in der Untersuchung des Ifo-Instituts hingewiesen worden. Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.102.

- e) Die Wahlfreiheit des Auftraggebers wird auf Angebote ausgedehnt, die in qualitätsmäßiger Hinsicht heterogen sind.
- f) Die Unternehmen werden im Rahmen der Konkurrenz konstruktionsmäßiger Problemlösungen gezielt in den Prozeß der Vermehrung des technischen Wissens einbezogen.

Unter diesen Umständen müßte die Vergabe auf der Basis funktionsmäßiger Leistungsbeschreibungen bei bestimmten Bauvorhaben¹⁾ nicht nur in Hinblick auf die Qualität, sondern auch in Hinblick auf den Preis zu verhältnismäßig besseren Ergebnissen für den Auftraggeber führen. Der relative Vorteil, den funktionsmäßige Leistungsbeschreibungen in diesem Sinne gegenüber konstruktionsmäßigen aufweisen, kann jedoch durch die Kosten, die infolge der Parallelität der Entwurfsplanung bei den einzelnen Unternehmen entstehen, kompensiert werden.

Die Gefahr einer Kompensation - wenn nicht sogar Überkompensation - ist insbesondere in Verbindung mit einer Regelung gegeben, nach der, wie § 20 VOB/A vorsieht, der Auftraggeber einheitlich für alle Bieter eine angemessene Entschädigung für die Kosten der Entwurfserarbeitung zahlen soll. Da bei dieser Regelung eine Entschädigung unabhängig von der Güte der entworfenen Konstruktion auszuloben ist, müßten gemäß § 20 VOB/A auch die schlechten Entwürfe finanziell honoriert werden.

Zahlungen an solche Bieter, die unverwertbare Planungsarbeiten geleistet haben, sind jedoch nicht unter dem Aspekt der Leistungsgerechtigkeit, sondern wegen der Fehllenkung von Mitteln auch unter allokativem Aspekt inadäquat. Würden hingegen diese Planungskosten nicht gesondert abgegolten und könnten die Unternehmen eine Vergütung nur auf dem Wege der Zuschlagserteilung erzielen, dürften bei die-

1) Vgl. zum wünschenswerten Anwendungsbereich funktionsmäßiger Leistungsbeschreibungen die Ausführungen auf S. 81f.

ser Regelung die durch die Parallelität der Konstruktionsplanung bedingte Verteuerung geringer sein als bei der Regelung, die nach der VOB/A angewendet werden sollte. Denn bei dem hier vorgeschlagenen Verfahren dürfte der Zwang, die Entscheidung über die Teilnahme an einem Vergabeverfahren von der Überlegung abhängig machen zu müssen, ob die Erfolgchancen die mit der Erarbeitung der Angebotsunterlagen entstehenden Kosten rechtfertigen, zu einer wünschenswerten Beschränkung des Ausmaßes paralleler Konstruktionsplanungen auf solche Unternehmen führen, die einerseits Erfolgchancen sehen und andererseits keine allzu hohen Planungskosten haben werden.

Die Entschädigungssumme als Entscheidungsregel für die Wahl zwischen konstruktionsmäßiger und funktionsmäßiger Leistungsbeschreibung ist hingegen ungeeignet, da sie tendenziell zu hoch ausfallen wird und somit die Anwendung funktionsmäßiger Leistungsbeschreibungen mehr als wünschenswert einschränkt.

Zum anderen - und dies gilt speziell für die hier vorgeschlagene Regelung - bedarf es sorgfältiger Überlegungen seitens des Auftraggebers, ob unter dem Aspekt der erwarteten Vorteile eine Vergabe auf der Basis funktions- oder konstruktionsmäßiger Leistungsbeschreibungen erfolgen soll. Diese Entscheidung ist naturgemäß mit hoher Unsicherheit behaftet, da der Auftraggeber nicht wissen kann, zu welchen Ergebnissen das Vergabeverfahren führen wird. Deshalb ist es nicht einfach, zu dieser Entscheidung allgemein gültige Entscheidungshilfen zu erteilen.

Jedenfalls ist bei der Vergabe solcher Bauleistungen, die bereits im Ganzen oder auch in bezug auf einzelne Bauelemente serienmäßig hergestellt werden können, eine funktionsmäßige Leistungsbeschreibung angebracht, da bei diesen Bauleistungen einerseits die Kosten der Entwurfs- und Konstruktionsplanung ohnehin auf die Serie umgelegt werden, andererseits aber die Vorteile funktionsmäßiger Leistungsbeschreibungen genutzt werden können¹⁾.

1) In diesem Sinne vgl.: Enquete über die Bauwirtschaft, a.a.O., S.1079 f.

Leistungsbeschreibungen mit Leistungsprogramm sollten auch dann angewendet werden, wenn die Erarbeitung der Konstruktion die Unternehmen kostenmäßig nicht zu stark belastet. Kann der Auftraggeber davon ausgehen, daß die Bieter über eigene Planungskapazitäten und somit gewissermaßen auch über "Schreibtischlösungen" verfügen, die jeweils nur noch an die spezifischen Anforderungen des Bauvorhabens angepaßt werden müssen, so dürfen die Vorteile einer funktionsmäßigen Leistungsbeschreibung überwiegen, zumal die Nachteile in Form der bei den Bietern entstehenden Kosten durch eine sachgerechte Beschränkung des Bewerberkreises in Grenzen gehalten werden könnten (beschränkte Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb).

Letztlich besteht die Möglichkeit, in Zweifelsfällen eine Bauleistung konstruktionsmäßig zu beschreiben, bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe jedoch **a u s d r ü c k - l i c h** darauf hinzuweisen, daß die Abgabe von Sondervorschlägen erwünscht ist, um auf diesem Wege der Entfaltung eines Qualitätswettbewerbs eine Chance zu geben¹⁾.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß Entfaltungsmöglichkeiten für den Qualitätswettbewerb im Rahmen der VOB 1973 vorhanden sind, der Anreiz für den Auftraggeber, einen Qualitätswettbewerb auszulösen, jedoch durch die Regelung des § 20 VOB/A, die außer Kraft gesetzt werden sollte, gemindert wird:

5.2.3 Außerhalb der VOB liegende Möglichkeiten zu einer Intensivierung des Qualitätswettbewerbs

Da sowohl die Vergabe auf der Grundlage funktionsmäßiger Leistungsbeschreibungen als auch die Beiziehung von Sondervorschlägen und Nebenangeboten primär darauf ausgerichtet sind, dem Auftraggeber die Beschaffung der Bauleistungen als einer optimalen Kombination von Konstruktion und Ausführung zu ermöglichen, ist die Chance, der Ausführung eines Bauvorhabens bei dieser Vorgehensweise eine optimale

1) Vgl. Enquete über die Bauwirtschaft, a.a.O., S.1081.

planerische Lösung zugrundelegen zu können, nicht sehr groß. Unter bestimmten Voraussetzungen sollte der Auftraggeber deshalb ein von der VOB abweichendes Verfahren anwenden und der Vergabe einer Bauleistung einen Planungswettbewerb¹⁾ voranstellen.

a) Der Ideenwettbewerb

Als Wettbewerbsverfahren, das dem Auftraggeber die Beschaffung von Planungsergebnissen ermöglicht, hat sich in der bauwirtschaftlichen Praxis der Ideenwettbewerb etabliert. Beim Ideenwettbewerb beschafft sich der Auftraggeber das noch nicht ausführungsreife, die Lösung der Bauaufgabe jedoch grundsätzlich klärende Konstruktionsergebnis in einem speziellen Wettbewerbsverfahren²⁾; der Wettbewerb um die Ausführung des Bauvorhabens wird jedoch offen gehalten.

Ideenwettbewerbe werden aufgrund der "Leitsätze für die Durchführung von Ideenwettbewerben bei Ingenieuraufgaben"³⁾ veranstaltet. Besondere Merkmale dieses Wettbewerbsverfahrens sind:

- (1) eine bestimmte Anzahl der eingehenden Lösungen wird mit Geldpreisen prämiert,
- (2) das Verfahren ist auch für solche Teilnehmer offen, die nicht über Ausführungskapazitäten verfügen,
- (3) das Preisgericht besteht mehrheitlich aus Architekten.

1) Der Planungswettbewerb ist der Oberbegriff für alle Wettbewerbsverfahren, in denen ein funktionsmäßiges- oder konstruktionsmäßiges Planungsergebnis ermittelt wird.

2) Vgl. Schmid, H., a.a.O., S.190.

3) Leitsätze für die Durchführung von Ideenwettbewerben bei Ingenieurbauten (Hrsg): Deutscher Architekten- und Ingenieurverband, Deutscher Beton-Verein, Verein beratender Ingenieure, Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Deutscher Stahlbau-Verband und Zentralverband des Deutschen Baugewerbes. Wiedergegeben in: Die Bauwirtschaft Nr.17/1963, S.879 ff.

Da die architektonische Ausbildung der Mehrheit der Juristen sich dahingehend auswirken dürfte, daß das Preisgericht ästhetisch-gestalterischen Gesichtspunkten eine Vorrangstellung einräumt¹⁾, sind Ideenwettbewerbe demnach dann zweckmäßig, wenn das Konstruktionsergebnis gerade unter diesen Gesichtspunkten vorzugswürdig sein soll. Doch auch wenn die Mitwirkung der freischaffenden Architekten und Ingenieure erwünscht ist, sollten Ideenwettbewerbe durchgeführt werden.

Der Bereich, in dem Ideenwettbewerbe in Verbindung mit einer anschließenden Vergabe der Bauleistung auf konstruktionsmäßiger Basis zweckmäßigerweise veranstaltet werden sollten, dürfte sich unter dem durch die Leitsätze für die Durchführung von Ideenwettbewerben gesteckten Rahmen auf solche Bauverfahren beschränken, die neben ihrem eigentlichen Bestimmungszweck zugleich auch repräsentative Funktionen erfüllen sollen und in diesem Sinne eine originelle vielleicht sogar durch ihre Einmaligkeit bestehende konstruktionsmäßige Lösung erfordern.

In diesem Bereich allerdings könnten durch einen Ideenwettbewerb optimale Voraussetzungen für ein hohes Qualitätsniveau des Konstruktionsergebnisses geschaffen werden, wenn durch die möglicherweise lukrative Wirkungsvoll Anreize geschaffen werden und wenn der Anruf zu diesem Wettbewerb die erforderliche Publizität sicherstellt. Denn wenn diese Bedingungen erfüllt sind, kann vermittels eines Ideenwettbewerbs das Wissen überregionaler und sogar ausländischer Planungskräfte aktiviert werden, wobei insbesondere die ausländische Beteiligung infolge der unter-schiedlichen Ausbildung, Spezialisierung und Marktsituation zu einer Belebung des Qualitätswettbewerbs führen kann.

Der Ideenwettbewerb ist aus diesem Grunde eine nicht zu unterschätzende Quelle der Vermehrung und auch Verbrei-

1) Vgl. Schmid, H., a.a.O., S.192.

tung des gestalterisch-technischen Wissens, weil ihm im Gegensatz zu den Verfahren, bei denen Konstruktion und Ausführung simultan vergeben werden, wegen der sogar auf postalischem Wege vollziehbaren Teilnahme Wettbewerbsbeziehungen immanent sein können, die in ihrer Wirksamkeit nicht durch hohe Kosten der Raumüberwindung gemindert werden. Der Ideenwettbewerb kann in diesem Sinne verhindern, daß wegen räumlich bedingter Wettbewerbsschranken vorhandenes Wissen ungenutzt bleibt.

b) Der Projektwettbewerb

Der Projektwettbewerb ist ein Wettbewerbsverfahren, bei dem der Auftraggeber eine begrenzte oder unbegrenzte Zahl von Teilnehmern auffordert, für ein durch funktionale Anforderungen beschriebenes Bauvorhaben ausführungsfähige Konstruktionen einzureichen¹⁾. Geht man davon aus, daß der Auftraggeber beim Projektwettbewerb die Verfahrens- und Entscheidungsregeln nach Maßgabe eigener Zielvorstellungen gestalten kann, kann diese Veranstaltung im Vergleich zum Ideenwettbewerb als ein insbesondere auf die Wirtschaftlichkeit der Konstruktionsergebnisse ausgerichtete Wettbewerbsverfahren charakterisiert werden.

Seit sich, nach ausländischem Vorbild, Unternehmen darauf spezialisiert haben, ohne direkte Veranlassung durch einen Auftraggeber Planungsaufgaben auszuführen und speziell auch konstruktionsmäßige Lösungen für bestimmte Bauaufgaben zu erarbeiten²⁾, gewinnt der Projektwettbewerb als Alternative zum direkten Konstruktionsauftrag an einen Fach- oder Generalplaner³⁾ an Bedeutung.

1) Vgl. zu dieser Definition: Schmid, H., a.a.O., S.190.

2) Diese Entwicklung hat in den skandinavischen Ländern früher als in der BRD begonnen. Vgl. dazu Fußnote Nr.1 S.187.

3) Der Fachplaner übernimmt Planungsleistungen für bestimmte Planungsfächer, z.B. Gestaltung, Statik, Elektrotechnik sowie gegebenenfalls auch die Bauleitung. Der Generalplaner übernimmt Planungsleistungen, aber im Gegensatz zum Fachplaner die Gesamtplanung. Die Gesamtverantwortung für Planungsleistungen liegt dem Nachfrager gegenüber in seiner Hand. Vgl. zu diesen Definitionen: Enquete, a.a.O., S.1168.

Die Unternehmen, z.T. auch die Planungsabteilungen von Bauunternehmen, die ausführungsfähige Konstruktionen für bestimmte Bauaufgaben anbieten, haben sich dabei in der Mehrzahl auf die Planung komplexer, die Mitarbeit verschiedener Fachplaner erfordernder Bauaufgaben, wie z.B. den Krankenhausbau, konzentriert. Für die in ihr Spezialgebiet fallenden Bauaufgaben haben diese Unternehmen prinzipiell bereits fertige Lösungen "im Schreibtisch" und trotz der von Fall zu Fall unterschiedlichen Anforderungen an ein Bauvorhaben können sie eine ausführungsfähige Konstruktion jeweils ohne großen zusätzlichen Aufwand erstellen, denn dieser Aufwand ist weitgehend darauf beschränkt, verschiedene Lösungselemente den spezifischen Anforderungen gemäß zu kombinieren¹⁾. Diese Planungsunternehmen besitzen infolge der ständigen Beschäftigung mit speziellen Bauaufgaben sowie der ständigen Konfrontation mit Auftraggeberwünschen und den Wünschen oder Beschwerden der ausführenden Bauunternehmen nicht nur die notwendigen Informationen, um marktgerechte Leistungen anbieten zu können, sondern sie sind zugleich in der Lage, ihre Dienstleistung im Verhältnis zu einem bis ins Detail ausgearbeiteten Konstruktionsauftrag relativ günstig anzubieten.

Damit ist eine notwendige Bedingung erfüllt, daß ein Projektwettbewerb zweckmäßiger als die direkte Erteilung eines Konstruktionsauftrages sein kann. Denn in der Vergangenheit scheiterte dieses Verfahren oft daran, daß die in Aussicht gestellten Anreize die Planer nicht zu der mit verhältnismäßig hohem Aufwand verbundenen Teilnahme motivieren konnten, oder aber daran, daß dieses Verfahren, wenn für alle Teilnehmer eine Entschädigung hätte ausgeteilt werden müssen, für den Auftraggeber selbst in Anbe-

1) Vgl. dazu Jebe, H. - Das schwedische Beispiel der produktionsgerechten Planung mit ausdrücklicher Aufrechterhaltung des Wettbewerbs und der Versuch der Übertragung auf deutsche Verhältnisse, Düsseldorf 1969, S.48, der in diesem Sinne in der Enquete, a.a.O., S.1226, zitiert wird.

tracht der Vorteile, die die Nutzung vieler Informationsquellen birgt, zu kostspielig geworden wäre¹⁾.

Inwieweit unter den dadurch gegebenen Voraussetzungen die Durchführung von Projektwettbewerben für den Auftraggeber zweckmäßiger ist, hängt von den zu erwartenden Vorteilen und davon ab, wie es gelingt, die Planungsunternehmen zu einer Teilnahme zu bewegen, ohne daß die Beschaffungskosten für das Konstruktionsergebnis unwirtschaftliche Ausmaße annehmen. Zum einen bedingt dies die direkte Erteilung eines Konstruktionsauftrages immer dann, wenn ohnehin nur ein Anbieter für die Ausführung der geforderten Planungsleistung in Frage kommt oder wenn die Angebotsverhältnisse für den Auftraggeber so transparent sind, daß er auch ohne ein förmliches Verfahren ermitteln kann, welcher Anbieter die geeignete Konstruktionsplanung erstellt, da unter diesen Voraussetzungen der Projektwettbewerb allenfalls höhere Kosten verursachen würde. Zum anderen müßte es dem Auftraggeber gelingen, die Planungsunternehmen zu einer Teilnahme an einer Wettbewerbsveranstaltung zu motivieren, ohne daß die auszulobende Entschädigung für die Bieter die vom Auftraggeber erwarteten Vorteile kompensiert. Die Form, nach der lediglich die vom Auftraggeber für optimal befundene Konstruktion einen Preis erzielt, ist dabei nicht nur für den Auftraggeber wirtschaftlicher, sondern dürfte auch den Planungsunternehmen gerade im Zeichen der weiter oben angedeuteten Entwicklung ausreichende Anreize bieten.

5.2.4 Grenzen für eine Entfaltung des Qualitätswettbewerbs

Die objektive Möglichkeit zur Entfaltung eines Qualitätswettbewerbs ist dem Auftraggeber in besonderem Maße über die funktionsmäßige Beschreibung von Bauleistungen sowie die Durchführung von Ideen- bzw. Projektwettbewerben gegeben.

1) Die Vorteile des Projektwettbewerbs entsprechen in bezug auf die raumunabhängige Nutzung von Informationsquellen tendenziell denen des Ideenwettbewerbs.

geht man davon aus, daß jeder Marktteilnehmer ein gewünschtes Verhalten zeigen wird, wenn er objektiv die Möglichkeit dazu hat und subjektiv sowohl fähig als auch bereit ist, entsprechend zu handeln¹⁾, so können einer Entfaltung des Qualitätswettbewerbs Grenzen auch dadurch gesetzt sein, daß es den Auftraggebern an der erforderlichen Fähigkeit und Bereitschaft mangelt, d.h., daß bestimmte Wettbewerbsvoraussetzungen nicht erfüllt sind. Der Mangel an Fähigkeit, der sich darin konkretisieren kann, daß dem Auftraggeber notwendige Kenntnisse und Erfahrungen fehlen, um eine Bauleistung zu beschreiben, oder daß er nicht in der Lage ist, die qualitätsmäßigen Eigenschaften der unterschiedlichen Angebote zu beurteilen, dürften sich jedoch nicht sehr negativ auf die Entfaltung des Qualitätswettbewerbs auswirken, da die meisten Auftraggeber diese Mängel auszugleichen wissen, indem sie sich durch einen Fach- oder Generalplaner beraten lassen. Das schließt allerdings nicht aus, daß fehlerhafte und unzureichende Leistungsbeschreibungen häufig zu Reibungsverlusten führen²⁾.

Nachhaltiger könnte die Entfaltung des Qualitätswettbewerbs hingegen dadurch beeinträchtigt werden, daß bei der Vergabe einer konstruktionsmäßig beschriebenen Bauleistung der Arbeitsaufwand für die Bauämter am geringsten ist, während die Durchführung von Planungswettbewerben oder die Vergabe funktionsmäßig beschriebener Bauleistungen doch einen erheblichen Mehraufwand (Ausarbeitung der Wettbewerbs- bzw. Verdingungsunterlagen; Bearbeitung und Bewertung der eingehenden Angebote) verursacht.

In Anbetracht des in den Bauämtern bestehenden Bedarfs an zusätzlichen Planstellen und auch wegen der gerade bei funktionsmäßigen Leistungsbeschreibungen nicht zu unter-

1) Vgl. Herdzina, K., a.a.O., S.75.

2) Vgl. Bauwirtschaft und öffentliche Hand, a.a.O., S.109 ff.

schätzenden Fehlerquellen¹⁾ - wobei zu bedenken ist, daß Beanstandungen der Rechnungshöfe den beruflichen Aufstieg der verantwortlichen Beamten beeinträchtigen können - sollte die Bereitschaft der auftragsvergebenden Stellen, einen Qualitätswettbewerb auszulösen, nicht überschätzt bzw. als gegeben unterstellt werden.

Denn im Gegensatz zur Wahl der Vergabeart oder zur Vergabeentscheidung, anläßlich derer dem Auftraggeber ein Mangel an Bereitschaft zu einem wettbewerblichen Verhalten durch die Dienstaufsichtsbehörde nachgewiesen und sanktioniert werden könnte, kann bezüglich der Entfaltung eines Qualitätswettbewerbs die mangelnde Bereitschaft des Auftraggebers, die sich im unterlassen wettbewerbspolitisch wünschenswerter Handlungen konkretisiert, nicht durch Sanktionen der Dienstaufsichtsbehörde sanktioniert werden, da ein solches Verhalten nicht Gegenstand der Dienstaufsichtspflicht ist.

Unter diesen besonderen Umständen hängt eine wünschenswerte Entfaltung des Qualitätswettbewerbs auch davon ab, wie es gelingt, durch zusätzliche Anreize oder Kontrollen die Bereitschaft der Vergabebeamten zu einem wettbewerbskonformen Verhalten zu erhöhen.

Im Verhältnis zur Vergabe konstruktionsmäßig beschriebener Bauleistungen, bei welcher der Grundsatz der Ausschreibung (§ 16 Nr.1 VOB/A) die Erteilung der Baugenehmigung voraussetzt, birgt die Methode der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm zusätzliche Risiken für beide Vertragspartner, da hier die Vergabeentscheidung getroffen wird, ohne daß der Auftraggeber definitiv wissen kann, daß ihm aufgrund des ausgewählten Angebotes eine Baugenehmi-

1) Bei Leistungsbeschreibungen mit Leistungsprogramm sollte berücksichtigt werden, daß die öffentlichen Auftraggeber mit dieser Art der Leistungsbeschreibung, die eine besondere gedankliche Disziplin erfordert, noch zu wenig Erfahrung haben, so daß in diesem Zusammenhang offensichtlich bestehende Übergangsschwierigkeiten nicht überbewertet werden sollten. Denn es ist ein großer Unterschied, ob eine Leistung konstruktions- oder funktionsmäßig beschrieben wird.

gung erteilt wird.

Da eine Verweigerung der Baugenehmigung Änderungen an der Leistungsbeschreibung sowie Verzögerungen des Bauablaufs zur Folge hat, kann die Bereitschaft der Auftraggeber, einen Qualitätswettbewerb auszulösen, gerade wegen der von Bundesland zu Bundesland bestehenden Unterschiede im Bauordnungsrecht und insbesondere auch wegen des noch sehr stark vom Prinzip der fallweisen Totalgenehmigung geprägten Baugenehmigungsverfahrens, d.h., daß jeweils für jedes genehmigungspflichtige Bauvorhaben alle bauordnungsrechtlichen Anforderungen aufs Neue zu prüfen sind, gemindert werden.

Allerdings sind Bestrebungen im Gange, das Bauordnungsrecht mit den Erfordernissen funktionsmäßiger Leistungsbeschreibungen in Einklang zu bringen, so daß Grenzen für eine Entfaltung des Qualitätswettbewerbs, die aus dem Bauordnungsrecht erwachsen, bereits schon in absehbarer Zeit nicht mehr bestehen werden. So wird einerseits auf eine Vereinheitlichung des Bauordnungsrechts hingearbeitet, andererseits beziehen sich die Bemühungen auf die Erreichung von mehr Variabilität bei der Erteilung von Typenehmigungen, die in Hinblick auf die bautechnischen Anforderungen für eine Serie gleichartiger Bauvorhaben (z.B. Fertighäuser) ausgesprochen werden und den Prüfungsinhalt der fallweisen Genehmigung auf solche Sachverhalte reduzieren, die städtebaulicher Natur sind¹⁾.

¹⁾ Vgl. zu derartigen Vorschlägen im einzelnen: Enquete, a.a.O., S.1359 ff.

6 Systematische Darstellung der Beziehungen zwischen fiskalischem und wettbewerblichem Verhalten öffentlicher Auftraggeber

Wenn in diesem Teil ein Überblick über die Beziehungen zwischen fiskalischem und wettbewerblichem Verhalten öffentlicher Auftraggeber vermittelt wird, dann werden damit unter diesem speziellen Aspekt zugleich die Ergebnisse dieser Arbeit zusammengefaßt.

6.1 Theoretische Bestimmung des Verhältnisses der fiskalischen zur wettbewerblichen Zielsetzung

In Teil 3 wurde festgestellt, daß rechtlichen Normen zufolge ein öffentlicher Auftraggeber sich prinzipiell an der fiskalischen Zielsetzung der wirtschaftlichen (sparsamen) Beschaffung orientieren, sich dabei jedoch wettbewerbskonform verhalten und insbesondere die Spielregeln marktwirtschaftlicher Wettbewerbspolitik beachten soll, die im GWB und in der VOB verankert sind. Wie in den Teilen 4 und 5 ausführlich dargelegt wurde, wird in dieser Weise das Verhalten der Auftraggeber den wettbewerblichen und fiskalischen Erfordernissen vielfach allerdings nicht gerecht. Daraus ergeben sich verschiedene Konstellationen der Ausprägung wettbewerblicher und fiskalischer Normen im Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber.

In formaler Hinsicht sind folgende Zielbeziehungen möglich¹⁾:

- (1) Harmonische Zielbeziehungen - die Realisierung des Zieles Nr.1 schließt die Realisierung des Zieles Nr.2 ein.
 - (2) Konfliktäre Zielbeziehungen - die Realisierung von Ziel Nr.1 ist nur auf Kosten einer Verletzung des Zieles Nr.2 möglich.
-

1) Vgl. in diesem Sinne: Heinen, E. - Das Zielsystem der Unternehmung, Wiesbaden 1960, S.99, der allerdings eine andere Terminologie zugrundelegt. Heinen unterscheidet komplementäre, konkurrierende und indifferente Ziele.

- (3) Neutrale Zielbeziehungen - die Realisierung des Zieles Nr.1 hat keinerlei Auswirkungen auf Ziel Nr.2

In Anbetracht der Interdependenz aller ökonomischen Größen reduziert sich die Betrachtung ökonomisch relevanter Zielsetzungen grundsätzlich jedoch auf komplementäre und konfliktäre Zielbeziehungen, während neutrale Zielbeziehungen gerade auch im Rahmen einer Betrachtung des Verhältnisses zwischen fiskalischen und wettbewerblichen Erfordernissen, weitgehend irrelevant sind.

Wenn man graduelle Unterschiede in der Zielerreichung unberücksichtigt läßt und das Verhalten der Auftraggeber in diesem Sinne jeweils nur positiv oder negativ beurteilt, kann man in Zusammenhang mit der Ausprägung wettbewerblicher und fiskalischer Normen im Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber vier Grundformen des Auftraggeberverhaltens unterschieden werden:

- (1) Der Auftraggeber verhält sich sowohl wettbewerblich als auch fiskalisch.
- (2) Der Auftraggeber verhält sich wettbewerblich, nicht aber fiskalisch.
- (3) Der Auftraggeber verhält sich nicht wettbewerblich, dafür jedoch fiskalisch.
- (4) Der Auftraggeber verhält sich weder wettbewerblich noch fiskalisch.

Bemerklich der Konsistenz dieser Unterscheidung ist jedoch zu bemerken, daß ein Auftraggeber sich nicht wettbewerblich verhält, wenn er fiskalische Maximen außer acht läßt, da wettbewerbliches Verhalten notwendigerweise ein u.a. an Erfolg, schranken orientiertes, durch Erfolgsstreben motiviertes Verhalten ist¹⁾. Demnach reduziert sich die Unterscheidung sinnvollerweise auf drei Grundformen, wobei diese verbleibenden Grundformen des Auftraggeberverhaltens in der

1) Vgl. zu den Wettbewerbsvoraussetzungen S.21.

wettbewerbspolitischen Beurteilung der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen jeweils nachgewiesen werden konnten.

6.2 Die weitgehende Übereinstimmung fiskalischer und wettbewerblicher Erfordernisse

Erfolgt eine wettbewerbspolitische Beurteilung der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen in Hinblick darauf, Möglichkeiten einer zielgerechteren Handhabung der öffentlichen Auftragsvergabe aufzuzeigen, dann erfordert dies einen an Verstößen gegen Bestimmungen des GWB und der VOB sowie auch an Zuwiderhandlungen gegen nicht in rechtlichen Vorschriften verankerte wettbewerbspolitische Erfordernisse orientierten Ansatz der Untersuchung. In diesem Sinne bedingt das dieser Arbeit zugrundeliegende Forschungsinteresse eine Konzentration auf das wettbewerbliche Fehlverhalten der Auftraggeber. Wenn deshalb vorwiegend

- bestimmte Strategien kommunaler Auftraggeber¹⁾,
- der Verzicht auf eine mögliche Entfaltung des Qualitätswettbewerbs²⁾,
- unzulängliche Planungen der Auftraggeber³⁾ und
- Fälle von Korruption⁴⁾

kritisiert wurden, so dokumentiert dies jedenfalls nicht notwendigerweise die Dominanz eines weder wettbewerblichen noch fiskalischen Marktverhaltens, da die Fälle, in denen die öffentlichen Auftraggeber sowohl fiskalischen als auch wettbewerblichen Erfordernissen gerecht werden, aus den einführend dargelegten Gründen keine angemessene Berücksichtigung in dieser Arbeit fanden.

Bei der Betrachtung der drei empirisch relevanten Grundformen ergibt sich die bemerkenswerte Feststellung, daß eine weitgehende Übereinstimmung fiskalischer und wettebe-

1) Vgl. S.114 f.

2) Vgl. S.189.

3) Vgl. S.168.

4) Vgl. S.101.

werbspolitischen Erfordernisse besteht, auch wenn dieser Zusammenhang im wesentlichen nur in der Form sichtbar gemacht wurde, daß ein Auftraggeber sich weder wettbewerblich noch fiskalisch verhalten hat. Versucht man nämlich, den Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Beschaffung und einem wettbewerblichen Verhalten über die Voraussetzungen herzustellen, die seitens der Nachfrager erfüllt sein müssen, damit sich ein funktionsfähiger Wettbewerb entfalten kann, so erkennt man, in welcher umfassender Weise eine harmonische Beziehung zwischen diesen Zielen vorgegeben ist. In diesem Sinne trifft es ausnahmslos für alle subjektiven Wettbewerbsvoraussetzungen (Fähigkeit und Neigung der Auftraggeber zum Wettbewerbsverhalten) zu, daß sie zugleich auch als Voraussetzungen für eine möglichst wirtschaftliche Beschaffung aufgefaßt werden können. Je nachdem, in welchem Maße die Fähigkeit zum Nachfragetransfer¹⁾, die Stärke des Erfolgs- bzw. Nutzenstrebens, die Höhe der Nutzensteigerungschancen sowie das Fehlen personeller Bindungen gegeben sind, wird demnach nicht nur das fiskalische Ziel der wirtschaftlichen Beschaffung, sondern auch die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs jeweils in der gleichen Richtung tangiert.

Ein solcher Zusammenhang zwischen Wettbewerbsvoraussetzungen und der fiskalischen Zielsetzung besteht sogar im Falle der Qualitätstransparenz und der Auswahlfreiheit der Nachfrager als Wettbewerbsvoraussetzungen objektiver Art. Dies zeigt, daß fiskalisches und wettbewerbliches Verhalten der Auftraggeber in einem weitgehenden Sinne identisch sind.

6.3 Zur Relevanz von Zielkonflikten zwischen wettbewerblichem und fiskalischem Verhalten

In Zusammenhang mit der Betrachtung von Zielkonflikten zwischen wettbewerblichem und fiskalischem Verhalten dürf-

1) Kriterien für die Fähigkeit, einen Nachfragetransfer durchzuführen, sind technische und kaufmännische Erfahrung. Vgl. dazu Herdina, K. - Funktionsfähiger Wettbewerb, a.a.O., S.84.

ten eine geringe empirische Relevanz solche Verhaltensweisen der Auftraggeber haben, in denen sich eine über das fiskalisch vertretbare Ausmaß hinausgehende Betonung der wettbewerbspolitischen Funktion des Ausschreibungsverfahrens konkretisiert. Solchen Verhaltensweisen wären nämlich nur die Fälle unterzuordnen, in denen Auftraggeber eine öffentliche Ausschreibung trotz sehr geringer Auftragshöhe durchführen¹⁾, oder auch solche Fälle, in denen bei einer funktionsmäßigen Leistungsbeschreibung der zu erwartende Erfolg in keinem Verhältnis zum anfallenden Aufwand steht²⁾.

Daß wettbewerbliches und fiskalisches Verhalten nicht durchweg identisch sind, ist, obwohl eine weitgehende Übereinstimmung wettbewerblicher und fiskalischer Erfordernisse besteht, deshalb im wesentlichen in Zusammenhang mit solchen Verhaltensweisen zu sehen, bei denen öffentliche Auftraggeber fiskalische über wettbewerbliche Erfordernisse stellen. Dabei ist die einzige Voraussetzung, unter der solche Zielkonflikte entstehen, dann gegeben, wenn Machtstellungen von öffentlichen Auftraggebern mißbräuchlich ausgenutzt werden. Nur wenn öffentliche Auftraggeber sich in diesem Sinne über wettbewerbsrechtliche Normen hinwegsetzen, können sie bessere Marktergebnisse erzielen, als ihnen dies im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit möglich wäre. Wie im einzelnen gezeigt wurde³⁾, sind derartige Ansatzpunkte zu einer Diskriminierung von Anbietern bei der Beschränkung des Bie-

1) Vgl. dazu das Beispiel auf S.85.

2) Wie auf S.193f hervorgehoben wurde, liegt hier eigentlich gar kein Zielkonflikt vor, weil auch solche Verhaltensweisen an sich weder wettbewerblichen noch fiskalischen Erfordernissen gerecht werden. Der Vollständigkeit halber sollten solche Zusammenhänge zwischen wettbewerblichem und fiskalischem Verhalten jedoch nicht unerwähnt bleiben.

3) Vgl. die Kapitel 4.1 und 4.2.

terkreises sowie auch während des Vergabeverfahrens nachweislich gegeben. Die Relevanz von Zielkonflikten zwischen wettbewerblichem und fiskalischem Verhalten wird mithin im wesentlichen durch diese Erscheinungsformen der Diskriminierung von Bietern widergespiegelt.

Dies bietet die Gelegenheit, an dieser Stelle noch einmal darauf hinzuweisen, daß gerade auch gegenüber öffentlichen Auftraggebern die Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes sowie die Wahrnehmung der Mißbrauchsaufsicht zu den vorrangigen Aufgaben der Kartellbehörden zu zählen sind.

7 Schlußbetrachtung und Ausblick

Die wettbewerbspolitische Beurteilung der öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen hat zu bestimmten Ergebnissen darüber geführt, wie öffentliche Auftraggeber sich im Rahmen der Spielregeln marktwirtschaftlicher Wettbewerbspolitik zweckmäßigerweise verhalten sollten, wenn die Nachfrage nach Bauleistungen so effektiv wie möglich abgewickelt werden soll.

Grundsätzlich lassen sich diese Ergebnisse in dem Kernsatz zusammenfassen, daß das Marktverhalten öffentlicher Auftraggeber dann nicht mehr die Kritik des Wettbewerbspolitikers und auch der fiskalisch orientierten wirtschaftspolitischen Instanzen herausfordern wird, wenn öffentliche Auftraggeber, die in bezug auf die Entfaltung des Qualitätswettbewerbs sowie die zur zeitlichen Abwicklung von Bauvorhaben unterbreiteten Anregungen aufgreifen und in diesem Sinne alle innerhalb, aber auch außerhalb der VOB bestehenden Chancen suchen und nutzen. Dies setzt allerdings voraus, daß die Auftraggeber dabei die Vorschriften der VOB/A über die Wahl der Vergabeart, die Vergabeentscheidung sowie über das Verhalten während des Ausschreibungsverfahrens strikte beachten. Daraus wurde die vordringliche Aufgabe abgeleitet, die Anwendung der VOB/A in der Praxis in noch stärkerem Maße als bisher sicherzustellen. Das gilt jedoch nur unter der Einschränkung, daß die VOB in Hinblick auf einige Einzelbestimmungen an den Erkenntnisstand der wissenschaftlichen Forschung angepaßt wird. Unter diesem Aspekt wurde eine Modifikation des Eröffnungstermins (§ 22 VOB/A), eine Änderung der Kostenerstattungsregelung für vom Auftraggeber verlangte Entwürfe, Zeichnungen etc. (§ 20 VOB/A) sowie eine weitgehende Eingrenzung des Anwendungsbereiches von Regelungen des Baubeginns auf Abruf (§ 5 VOB/B) vorgeschlagen.

Wenn darüber hinaus vom Gesetzgeber das ebenso unwirksame wie konzeptionell inadäquate Baupreisrecht außer Kraft gesetzt würde, dann könnte die öffentliche Nachfrage nach

Bauleistungen unter wettbewerbspolitischen Aspekt zumindest insoweit positiv beurteilt werden, als jeder einzelne Auftraggeber dazu einen Beitrag leisten kann.

Wettbewerbspolitische Erfordernisse sollten aus diesem Grunde insbesondere auch bei konkunkturpolitischen Maßnahmen nicht unberücksichtigt bleiben. Außerdem sollten einige Minister solche Aktionen, die auf eine Abstimmung des Marktverhaltens öffentlicher Auftraggeber auf hoheitlichem Wege abzielen, unterlassen.

Der wettbewerbliche Ablauf bauwirtschaftlicher Marktprozesse ist jedoch nur zu einem, wenn auch maßgeblichen Teil vom Verhalten der Auftraggeber abhängig. Sind auf der Anbieterseite bestimmte Wettbewerbsvoraussetzungen nicht gegeben, so kann allein ein wettbewerbskonformes und insbesondere der VOB konformes Verhalten der Auftraggeber nicht die erwünschte Wirkung erzielen. In diesem Sinne stehen zwei an die Bauwirtschaft zu stellende Anforderungen in einem engeren Zusammenhang zur öffentlichen Nachfrage nach Bauleistungen¹⁾.

So steht es einerseits außer Zweifel, daß nach der weitgehenden Befriedigung des durch den Krieg und dessen Folgen hervorgerufenen Nachholbedarfs sowie in Anbetracht der Revision hochgeschraubter infrastruktureller Ziele Schrumpfungsprozesse auf der Angebotsseite langfristig unvermeidlich sind²⁾. Die möglichst reibungslose Anpassung des Angebots an eine stagnierende oder sogar rückläufige Nachfrageentwicklung ist deshalb eine der Perspektivaufgaben, die sich der Bauwirtschaft stellt.

Andererseits muß gerade in Anbetracht dieser Entwicklung die Bereitschaft der Bauunternehmen zu einem wettbewerblichen Verhalten aufrechterhalten werden. Ob unter diesem

-
- 1) Sämtliche Anforderungen an die Bauwirtschaft werden in der Enquete diskutiert und nehmen dort einen breiten Raum ein.
 - 2) Friderichs, H. - Anforderungen an die Bauwirtschaft - Gedanken zur Bauenquête, in: rationeller bauen, Fachzeitschrift zur Rationalisierung im Bauwesen, Nr.12, Sept.74, S.1 f.

Aspekt die vom Bundeskartellamt verfügte Entscheidung, den in das eingangs erwähnte Ermittlungsverfahren einbezogenen Unternehmen, denen Preisabsprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nunmehr nachgewiesen worden sind, bei der Bemessung des Bußgeldes mildernde, d.h. in diesem Falle konjunkturelle Umstände zuzubilligen, vertretbar ist, erscheint jedoch fraglich. Wenn die Höhe der Strafen von der derzeitigen Baukonjunktur abhängig gemacht wird, versäumt man es, den kartellfreudigen Bauunternehmen bei dieser Gelegenheit rechtskräftig und nachhaltig zu verdeutlichen, daß ihre Absprachen keine Kavaliersdelikte und keine gerechtfertigten Abwehrmaßnahmen gegen eine gegebenenfalls bestehende Nachfragemacht des öffentlichen Auftraggebers, sondern schwerwiegende Verstöße gegen elementare wettbewerbliche Spielregeln sind¹⁾.

Die eigentlich gerechtfertigten Bußgeldzahlungen hätten jedenfalls auch gestundet werden können, und man hätte auf diese Weise dem beschäftigungspolitischen Gesichtspunkt Rechnung tragen können, ohne gleich die Höhe des Bußgeldes fast auf die Hälfte herabzusetzen²⁾. So bleibt zu befürchten, daß wegen der Milde, welche die Kartellbehörden bei der Bemessung von Bußgeldern walten lassen, und vor allen Dingen wegen der doch sehr geringen Erfolgsquote bei der Aufdeckung von Absprachen, die Bereitschaft der Bauunternehmer zur Kartellbildung kaum beeinträchtigt wird und daß nach einer Konsolidierung der Baukonjunktur die Versuche der Unternehmen, sich auf diesem Wege einem Leistungswettbewerb zu entziehen, wieder zunehmen werden, wenn nicht die Kartellbehörden, und hier insbesondere die Landeskar-

1) So: Nawrocki, J. - "Stinkbombe" platzt im Mai, in: Die Zeit Nr.16 v.11.4.75, S.33.
Gillies, P. - Eine Branche ringt unablässig mit dem Staat, in: Die Welt, Nr.212 vom 11.9.73, Seite 2 der Sonderbeilage. Gillies spricht von "marktwirtschaftlichen Todsünden".

2) Ebenda.

tellbehörden, auftretenden Verdachtsmomenten mit mehr Entschiedenheit als bislang nachgehen¹⁾.

1) Bei Nawrocki, J. wird der geringe Fahndungseifer der Kartellbehörden moniert, die nicht einmal alle bekannten Kartelle energisch genug verfolgt hätten.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

=====

(1) Bücher

- Abbott, L. - Qualität und Wettbewerb, München und Berlin 1958
- Arndt, H. - Mikroökonomische Theorie, 2.Bd, Tübingen 1966
- - Schöpferischer Wettbewerb und klassenlose Gesellschaft, Berlin 1952
- Bain, J.S. - Barriers to New Competition, Cambridge 1965
- - Industrial Organizations, New York-London-Sydney 1968
- Bundesminister für Städtebau und Wohnungswesen (Hrsg) - Rationalisierungsfibel, Bonn 1972
- Coser, L.A. - Theorie sozialer Konflikte, Neuwied und Berlin 1972
- Daub, W. - Das Baupreisrecht der Bundesrepublik, 2.Aufl., Düsseldorf 1973
- Daub, W./ Meierrose, R./ Müller, H. - Kommentar zur VOB, Düsseldorf 1960
- Deutscher Normenausschuß (Hrsg) - VOB, Ausgabe 1973, Berlin-Köln-Frankfurt 1973
- Diederich, H. - Der Kostenpreis bei öffentlichen Aufträgen, Heidelberg 1961
- Edwards, C.D. - Maintaining Competition, New York-Toronto London 1964
- Enquete über die Bauwirtschaft - (Hrsg: DJW, Prognos AG., Projectconsult GmbH., Walter Daub, Willy Linkhahn, unter Mitarbeit des Ifo-Instituts für Wirtschaftsforschung) Stuttgart 1973
- Eucken, W. - Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Tübingen-Zürich 1955
- Forsthoff, E. - Der Staat als Auftraggeber, Stuttgart 1963
- Fricke, W. - Zentralisierung und Dezentralisierung, Grundfragen der Organisation des Beschaffungswesens, Heidelberg 1961
- Gandenberger, O. - Die Ausschreibung, Heidelberg 1961
- - Was ist ein Unternehmen , Heidelberg 1963
- Geisbüsch, H.-G. - Die organisierte Nachfrage, Köln-Berlin-Bonn-München 1964
- Geschka, H. - Forschung und Entwicklung als Gegenstand betrieblicher Entscheidung, Meisenheim am Glan 1970

- Griffin, J.D. - Enterprise in a Free Society, Chicago 1949
- Gutenberg, E. - Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre 18.Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1971
- Gutowski, A. - Konstruktions- und Entwicklungsaufträge, Heidelberg 1960
- Häring, H. - Das Wettbewerbs- und Kartellrecht in der Bauwirtschaft, Darmstadt und Berlin 1973
- Hamm, W. - Kollektiveigentum, Heidelberg 1961
- Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.(Hrsg)
- Produktiver Bauen, Frankfurt 1955
- von Hayek, F.A. - Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Erlench-Zürich 1952
- - Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971
- - Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kiel 1968
- Heinen, E. - Das Zielsystem der Unternehmung, Wiesbaden 1966
- Herbst, H.-J. - Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkungen bei Ausschreibungen, Köln-Berlin-Bonn-München 1965
- Herdzina, K.(Hrsg)- Wettbewerbstheorie, Köln 1975
- Hereth, F./Crome, H.
- Baupreisrecht, 3.Aufl., München 1973
- Herr, E. - Allgemeine Markttheorie, Tübingen 1965
- Hopmann, E. - Fusionskontrolle, Tübingen 1972
- Ifo-Institut für Wirtschaftsforschung (Hrsg)
- Bauwirtschaft und öffentliche Hand - Partner am Baumarkt, München 1965
- - Kostenstruktur und Preisentwicklung in der Bauindustrie, München 1963
- - Perspektivaufgaben für das deutsche Baugewerbe, Teil IV, Technische Entwicklungstendenzen, München 1971
- - Soziale und wirtschaftliche Auswirkungen der Winterbauförderung, Bonn 1964
- Ingenstau, H./ Korbion, H.
- Kommentar zur VOB, Teil A und B, 6.Aufl., Düsseldorf 1971
- Institut für Baukonstruktion, Institut für Bauökonomie (Hrsg)
- Die funktionale Leistungsbeschreibung im Bauwesen, Stuttgart 1971
- Jebe, H. - Das schwedische Beispiel der produktionsgerechten Planung mit ausdrücklicher Aufrechterhaltung des Wettbewerbs und der Versuch einer Übertragung auf deutsche Verhältnisse, Düsseldorf 1969

- Kaufer, E. - Das Konzept des relevanten Marktes in der amerikanischen Antitrustpolitik, (Dissertation) Marburg 1965
- - Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt, Bad Homburg v.d.H. 1970
- Kentmann, R. - Der Qualitätswettbewerb und seine Beeinflussung durch Koordination des Preisverhaltens der Anbieter, (Dissertation) Marburg 1969
- von Lucadou, E. - Struktur und Probleme des Bauhauptgewerbes, Wiesbaden-Berlin 1960
- Müller, H./ Gries, G./ Giessler, P. - Kommentar zum GWB, 3.Aufl., Frankfurt 1974
- Müller-Henneberg, H./ Schwarz, G. - Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1.Aufl., Köln-Berlin 1958
- Nieschlag, R./ Dichtl, E./ Hörschgen, H. - Marketing, 4.Aufl., Berlin 1971
- Reck, D. - Government Purchasing and Competition, Berkeley-Los Angeles 1954
- Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (Hrsg) - Konjunktur im Umbruch, Stuttgart-Mainz 1970
- Schmid, H. - Die staatliche Beschaffungspolitik, Bern und Stuttgart 1972
- Schmitz, E. - Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt, Baden-Baden 1972
- Schwarz, T. - Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1969
- Schwenter, J. - Betriebswirtschaftliche Aspekte des technischen Fortschritts, Bern-Stuttgart 1959
- Semler, F.-J. - Das Diskriminierungsverbot bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, (Dissertation) München 1968
- Statistisches Bundesamt (Hrsg) - Systematik der Wirtschaftszweige, Stuttgart und Mainz 1961
- Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, Berlin 1966
- Welter, E. - Der Staat als Kunde, Heidelberg 1960
- Westing, J.H./ Fine, J.V. - Industrial Purchasing, Buying for Industry and Budgetary Institutions, New York-London 1955

- Willke, F.-W. - Grundsätze wettbewerbepolitischer Konzeptionen, Tübingen 1973
- Zimmermann, H. - Öffentliche Ausgaben und regionale Wirtschaftsentwicklung, Tübingen 1970
- Zimmermann, H./ Henke, K.-D. - Finanzwissenschaft, München 1975

(f) Beiträge in Handwörterbüchern, Sammelwerken und Zeitschriften

- Albert, E. - Markt und Zurechnung, - von der funktionalen zur institutionellen Verteilungstheorie, in: Schmollers Jahrbuch, Jg.75, 19
- Altmann, J.H. - Die marktwirtschaftliche Preisbildung in der Baupreisverordnung, in: Der Betrieb, Heidelberg 1972
- Arbeitskreis "kostenbewußter Planen" der RD Bauwesen im RKW - Grundsätze kostenbewußter Bauplanung, Fassung 3 vom 6.3.71
- Arndt, H. - Wettbewerbsprozesse, horizontale Konzentration und wirtschaftliche Entwicklung, in: Arndt, H.(Hrsg): Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF, Bd.20/I, 2.Aufl., Berlin 1971
- Baumkötter, H.-H. - Die Abgrenzung des relevanten Marktes, in: WuW 4/196
- Brüdermann, J. - Anforderungen an die Bauwirtschaft - Gedanken zur Bauensquete, in: rationeller bauen Nr.12/Sept.74
- Illies, F. - Eine Branche ringt unablässig mit dem Staat, in: Die Welt, Nr.212 vom 11.9.73
- Kamm, G. - Die Bedeutung des leistungsgerechten Wettbewerbs im Rahmen der Wettbewerbsregeln, in: WuW 2/1975
- Hensel, K.P. - Wirtschaftssysteme - Zwangsläufigkeit oder alternative Gestaltung", in: Blauch, F., Bog, J./ Gutmann, G./ Hensel, K.P. - Wirtschaftssysteme zwischen Zwangsläufigkeit und Entscheidung, Stuttgart 1971
- Lordsina, K. - Oligopolistische Interdependenz, funktioneller Wettbewerb und Wettbewerbsvoraussetzungen, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft, Bd.24, Göttingen 1973

- Hereth, F. - Wettbewerbsbeschränkung durch VOB, in: WuW 1965
- Herold, H. - Industrielles Bauen aber wie? , in: Die Welt Nr.212 vom 11.9.73
- Heuß, E. - Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, in: Mestmäker, E.-J./ Biedenkopf, K./ Hoppmann, E.(Hrsg) - Wettbewerb als Aufgabe, Berlin-Zürich 1968
- Holtz, W. - Auftragsvergebung, öffentliche, in: HdSW Bd.1, Göttingen 1956
- Hoppmann, E. - Preismeldestellen und Wettbewerb, in: WuW 1960
- - Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, Berlin 1966
- - Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF 48, Berlin 1968
- - Zum Schutzobjekt des GWB, in: Mestmäker, E.-J./ Biedenkopf, K./ Hoppmann, E.(Hrsg)- Wettbewerb als Aufgabe, Berlin-Zürich 1968
- Koenigs, F. - Einige Probleme des § 18 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, Berlin-Zürich 1968
- Kresling, H. - Artikel Bauwirtschaft, in: HdSW Bd.1, Göttingen 1956
- Leitsätze für die Durchführung von Ideenwettbewerben bei Ingenieurbauten, in: Die Bauwirtschaft Nr.17/1963
- Markert, K. - Das BKA darf Preise kontrollieren, in: FAZ vom 19. sowie 20.12.1973
- Mees, H.-K. - Die staatliche Beschaffungstätigkeit und das GWB, in: WuW 8/1961
- Nawrocki, J. - "Stinkbombe" platzt im Mai, in: Die Zeit, Nr.16 vom 11.4.75
- Oberender, P. - Zur Problematik der Marktabgrenzung unter besonderer Berücksichtigung des Konzepts des "relevanten Marktes", in: WiSt, Heft 12, 1975
- Pfeiffer, K. - Die Voraussetzungen für eine Stabilisierung des Baumarktes, in: Die Bauwirtschaft, Heft 20/1962
- Prange, H. - Rationalisierung im Baugeschehen - aus der Sicht der Wirtschaft, in: Die Bauwirtschaft, Heft 31/1962

- Rahmeyer, F. - Preisveränderungen und Erhöhung der Staatsquote, in: Konjunkturpolitik, 21.Jg., Viertes Heft, 1975
- Röpke, J. - Wettbewerbspolitik des "Als-Ob" führt zu behördlicher Willkür, in: FAZ vom 26.2.74
- Schwantag, R. - Die Preisbildung bei öffentlichen und mit öffentlichen Mitteln finanzierten Bauaufträgen, in: Die Bauwirtschaft, Nr. 44, 1953
- Tolksdorf, M. - Zur ökonomischen Begründung von Ausnahmebereichen, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 187 (1973)
- Ulbrich, K. - Die VOB - bewährtes Instrument der Marktwirtschaft, in WuW 1966
- Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission 2/1967
- Walter, H. - Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Wettbewerbstheorie, in: Schmollers Jahrbuch. 89. Jg., 1969
- Wirtschaft und Statistik, Ausgaben 1972 und 1973
- Woll, A. - Zur wettbewerbspolitischen Bedeutung der Markttransparenz, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, a.a.O.

3. Sonstige Literatur

Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Ausgabe in deutscher Sprache, Nr. L/185/1 - 185/4 sowie Nr. 11, 185/5 - 185/14, 1971

Bundesanzeiger 1972, Nr. 49, vom 10.3.1972, BGBI.I S.293

Rundschreiben des Bundesministers für Wirtschaft und Finanzen vom 2.5.1972, BAnz 1972, Nr. 88

Schreiben des Bundesministers der Justiz v.26.5.72 (Nr. 7004/3 - 3 - 35960/72)

L e b e n s l a u f

Geboren am 16.2.1950 als Sohn des Techn. Inspektors Herbert Pretschker und dessen Ehefrau Angelika, geb. Siegmann, in Leipzig.

1956 - 1960 Besuch der Volksschule Ihringshausen.

1960 - 1968 Besuch der Goetheschule in Kassel;
Reifeprüfung am 18.6.1968 (neusprachl.Zweig)

1968 - 1972 Studium der Volkswirtschaftslehre in Marburg;
Diplomprüfung am 3.12.1972.

1973 - 1976 Promotionsstudium.

Seit 1.5.1976 - Verwaltungswissenschaftliches Aufbau-
studium an der Hochschule für Verwaltungs-
wissenschaften Speyer.

